4 Jrom. c. 95 t

~~Verfahren~~ Homo

Theoretisch-practischer

Commentar

über die

Heineccischen Institutionen

nach deren neuesten Ausgabe

von

D. Ludwig Julius Friedrich Höpfner.

Dritte verbesserte Auflage.

Mit Römisch-Kayserl. Königl. Preußisch- und Churfürstl. Sächsischen allergnädigsten Freyheiten.

Frankfurt am Main 1790,
bey Varrentrapp und Wenner.

Bayerische
Staatsbibliothek
MÜNCHEN

ERZIEHER AKADEMIE
DER
ADOLF-HITLER-SCHULEN

44/114

Wir Joseph der Andere von Gottes Gnaden Erwählter Römischer Kaiser, zu allen Zeiten Mehrer des Reichs, König in Germanien, zu Jerusalem, Hungarn, Böheim, Dalmatien, Croatien, Slavonien, Galitzien und Lodomerien, Erzherzog zu Oesterreich, Herzog zu Burgund, und zu Lothringen, Großherzog zu Toscana, Großfürst zu Siebenbürgen, Herzog zu Mayland, Mantua, Parma, ꝛc. gefürsteter Graf zu Habsburg, zu Flandern, zu Tyrol ꝛc. ꝛc. ꝛc.

Bekennen öffentlich mit diesem Brief, und thun kund allmänniglich, daß Uns Johann Friedrich Varrentrapp und Johann Conrad Wenner, Buchhändler in Unser und der Reichs-Stadt Frankfurt unterthänigst zu vernehmen gegeben, was massen Sie Doctors Ludwig Friedrich Höpfners theoretisch-practischen Commentar über seine neueste Ausgabe der Heineccischen Institutionen in Quarto, und zween Theilen zum offenen Druck zu befördern willens seyen, hierbey aber einen ihnen schädlichen Nachdruck besorgten, derohalben Uns Sie allerunterthänigst bäten, Wir Ihnen dießfalls mit unserm Kaiserlichen Druck-Privilegio zu statten zu kommen gnädigst geruhen mögten. Wenn Wir nun mildest angesehen solche der Supplicanten demüthigstziemliche Bitte, als haben Wir ihnen, ihren Erben und Nachkommen, die Gnade gethan, und Freyheit gegeben, thun solches auch hiemit wissentlich, in Kraft dieses Briefs, also und dergestalt, daß bemeldte Varrentrapp und Wenner, ihre Erben und Nachkommen obbesagten Doctor Höpfners Commentar über seine neueste Ausgabe der Heineccischen Institutionen in offenen Druck auflegen, ausgehen, hin und wieder ausgeben, feil haben und verkaufen mögen, auch ihnen sothanes Werk niemand, ohne ihren Consens, Wissen oder Willen, innerhalb zehen Jahren, von Dato dieses Briefs an zu rechnen, im heiligen Römischen Reich, weder unter diesem noch andern Titel, weder auch in grösserer noch kleinerer Form nachdrucken und verkaufen solle. Und gebieten darauf allen und jeden Unsern und des heiligen Reichs Unterthanen und Getreuen, insonderheit aber allen Buchdruckern, Buchführern und Buchhändlern, bey Vermeidung einer Pön von fünf Mark löthigen Goldes, die ein jeder, so oft er freventlich hierwider thäte, Uns halb in Unsere Kaiserliche Kammer, und den andern halben Theil mehrbesagten Supplicanten, oder deren Erben und Nachkommen unnachläßig zu bezahlen verfallen seyn solle, hiemit ernstlich, und wollen, daß ihr, noch einiger aus euch selbst, oder jemand von euretwegen obangeregten Commentar innerhalb den bestimmten zehen Jahren, nicht nachdrucket, distrahiret, feil habet, umtraget oder verkaufet, noch auch solches andern zu thun gestattet, in keinerley Weise noch Wege, alles bey Vermeidung Unser Kaiserlichen Ungnade und vorangesetzter Pön, auch Verlierung desselben euern Drucks, den vielgemeldten Supplicanten, ihre Erben und Nachkommen, oder deren Befehlshabern; mit Hülf und Zuthun eines jeden Orts Obrigkeit, wo sie dergleichen bey euch, oder einem jeden finden werden, also gleich aus eigener Gewalt, ohne Verhinderung männigliches zu sich nehmen, und damit nach ihrem Gefallen handeln und thun mögen. Hingegen sollen Sie, Varrentrapp und Wenner, schuldig und verbunden seyn, bey Verlust dieser Kaiserlichen Freyheit die gewöhn-

gewöhnlichen fünf Exemplarien von dem ganzen Werk zu Unserm Kaiserlichen Reichs-Hofrath zu liefern, und dieses Privilegium vorandrucken zu lassen. Mit Urkund dieses Briefs besiegelt mit Unserm Kaiserlichen aufgedruckten Secret-Insiegel, der geben ist zu Wien den fünfzehnten Julii, im Jahr Siebenzehen Hundert Drey und Achtzig, Unserer Reiche der Römischen, im Zwanzigsten, der Hungarischen, und Böhmischen aber im Dritten.

Joseph

(L. S.)

Vt. R. Fürst Colloredo

Ad Mandatum Sacr. Caes.
Majestatis proprium.
J. G. v. Hoffmann.

Demnach bey Seiner Königl. Majestät von Preussen ꝛc. ꝛc. Unserm allergnädigsten Herrn, die Buchhändler Varrentrapp und Wenner zu Frankfurt am Mayn, vorstellig gemacht, daß sie sich entschlossen, ein ganz neues Buch unter dem Titel:

Dr. Ludwig Julius Friedrich Höpfners, Hochfürstl. Hessen-Darmstädtischen Geheimen Tribunal-Raths, theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen, nach deren neuesten Ausgabe, zwey Theile in quarto

auf ihre Kosten drucken zu lassen und zu verlegen, mit allerunterthänigster Bitte, ihnen darüber, zu Verhütung eines Nachdrucks, ein Privilegium allerhuldreichst zu ertheilen; Seine Königliche Majestät auch diesem Gesuch zu deferiren kein Bedenken getragen haben;

Als privilegiren und begnadigen Höchst-Dieselben Eingangs erwehnte Buchhändlere Varrentrapp und Wenner hiermit und Kraft dieses dergestalt, daß ausser ihnen niemand in Dero Königreich Preussen und Churfürstenthum Brandenburg, auch sämtlichen übrigen Landen und Provinzen, innerhalb den nächsten zwanzig Jahren, befugt seyn soll, vorgedachtes Buch ganz oder zum Theil nachzudrucken, noch diejenige Exemplaria, so etwa ausser Dero Landen von andern nachgedruckt und verlegt seyn möchten, in Dero Lande einzuführen, und daselbst heimlich oder öffentlich zu verhandeln, bey Confiscation aller Exemplarien, wie auch Erlegung einer Geldstrafe von zweyhundert Rthlr., wovon die Hälfte Dero Fisco, die andere Hälfte aber den Impetranten entrichtet werden soll. Mehrhöchstgedachte Seine Königliche Majestät und Dero Nachkommen, wollen auch die erwehnte Buchhändler bey diesem Privilegio in dem Zeitlauf der zwanzig Jahre allergnädigst schützen und erhalten ꝛc. ꝛc.

Urkundig unter dem Königlichen Lehen-Siegel. So gegeben und geschehen Berlin, den 10 Februar 1783.

(L. S.) Auf Seiner Königlichen Majestät allergnädigsten Special-Befehl.

v. Münchhausen.

Vorrede zur ersten Ausgabe.

Ich übergebe dem Publicum ein Werk, welches vielleicht Manchem *in tenui labor* scheint, ohne daß er darum auch das *at tenuis non gloria* dem Verfasser zugestehen wird. Es sey; genug, daß das Buch **nützlich**, und, wo mich nicht alles betrügt, nützlicher, als hundert andere ist, welche weit mehr Aufwand von Genie, Arbeit und Gelehrsamkeit erfordern.

Ich habe funfzehen Jahre und länger die Anfangsgründe des römischen Rechts öffentlich gelehrt; ich habe Studium nicht nur auf die Sachen, sondern auch auf Vortrag und Einkleidung gewendet, und schmeichle mir, nicht ohne allen Nutzen gearbeitet zu haben. Nachdem mich mein Schicksal dem academischen Lehramte entzogen hatte, munterten mich meine Freunde auf, die Docentengabe, welche sie mir zutraueten, nicht ganz ungenützt zu lassen. Ich setzte also in meinen Nebenstunden diesen **Commentar**, diese **academische Reden**, oder wie man das Buch nennen will, auf.

Deutlichkeit mit **Gründlichkeit** zu verbinden, war die Absicht, die ich immer vor Augen hatte. Ich hoffe, daß ich sie nicht ganz verfehlt habe; daß man Präcision, Ordnung und einige Gabe, verwickelte Materien zu analysiren und lichtvoll darzustellen, in meinem Vortrage nicht vermissen werde. Dem Lehrling der Rechtsgelehrsamkeit wird also diese Arbeit zur Vorbereitung auf den academischen Unterricht und zur leichtern Wiederholung seiner Lectionen dienen. Solchen, die keine Academie besuchen wollen oder können, wird

sie,

sie, als einiger Ersatz der mündlichen Anweisung, nützlich seyn. Damit auch der Practiker Nahrung finde, habe ich, so viel es bey den Institutionen geschehen kann, practische Bemerkungen beygebracht. Erudition, Auflösung streitiger Rechtsfragen mit Gründen und Gegengründen, und Schmuck des Stils wird man in einem solchen Buche nicht erwarten. Selbst die Reinheit der Sprache habe ich oft der Deutlichkeit aufopfern zu müssen geglaubt.

Der Text meiner Erklärung sind die von mir umgearbeitete Heineccische Institutionen, und zwar die zweyte Ausgabe dieses Buches. Ich habe vorausgesetzt, daß jeder Leser des Commentars auch den Text vor sich habe, und daher die Allegaten, welcher dieser enthält, in dem Commentar nicht wiederholt.

Da ich Tabellen für ein vorzügliches und oft für das einzige Mittel halte, dem Lehrling manche Materien faßlich zu machen: so habe ich die vornehmsten Rechtslehren auch tabellarisch vorgestellt. Ich war anfangs Willens, diese Tabellen dem Buch selbst anhängen zu lassen; aber die Verschiedenheit des Formats, das man dazu wählen mußte, von dem Formate des Buchs, erlaubten es nicht. Die Tabellen werden also bald nach der Leipziger Ostermesse, in Querfolio gedruckt, besonders erscheinen.

So wie ich die Erinnerungen einiger Kenner bey dem Heineccischen Compendium dankbar benutzt habe, so wird mir auch jede gegründete Critik über diesen Commentar willkommen seyn. Darmstadt den 30. März 1783.

Dr. L. J. F. Höpfner.

Zur zweyten Ausgabe.

Bey der zweyten Auflage dieses Buches habe ich weiter nichts zu sagen, als daß ich es hier und da, soviel als es mir Amtsgeschäfte und geschwächte Gesundheit erlaubten, verbessert habe. Insonderheit habe ich die Leser, für die ich schreibe, die Schüler der römischen Jurisprudenz mehr auf das Studium der Gesetze hinzuleiten gesucht, und bey streitigen Materien öfter als vormals die Gründe der verschiedenen Meynungen beygebracht. Noch muß ich auch erinnern, daß diese **zweyte** Ausgabe des Commentars an einigen Orten nur zur **dritten** Auflage des Textes passet, welche nächstens die Presse verlassen wird. Geschrieben zu Darmstadt im April 1787.

Zur dritten Ausgabe.

Ich habe Ursache genug, mit der Aufnahme zufrieden zu seyn, welche dieses Buch im Publicum fand. Den **Gästen** (mit dem Dichter zu reden) hat es wenigstens gefallen, wenn gleich einige **Köche** damit nicht recht zufrieden waren. Daß es jetzt besser als vorhin ist, **darf** ich wohl sagen, oder **muß** es vielmehr gestehen. Ein Tag lehrt ja den andern. Der vielen Anfragen wegen, ob mein Pandectencommentar bald erscheinen werde, erkläre ich bey dieser Gelegenheit, daß ich den einst gehegten Gedanken, ein so weitläuftiges Werk zu unternehmen, aus mehreren Ursachen nun ganz aufgegeben habe. Das juristische Publicum wird auch durch den Commentar meines Freundes, des Herrn Hofrath Glück, dessen erster Theil in der vorigen Messe herausgekommen ist, zuverläßig mehr als entschädiget werden. Geschrieben im November 1789.

PROOE-

Bayerische Staatsbibliothek München

PROOEMIUM.

Die Institutionen sind Anfangsgründe des Römisch Justinianeischen Rechtes, und dieses Recht ist in dem sogenannten *Corpore iuris civilis* enthalten. Der Lehrling der Institutionen muß sich also vor allen Dingen einige historische Kenntniß dieses Buches erwerben, und dazu wird in diesem Proömium Anleitung gegeben. Es wird darin gezeigt, was die Veranlassung zur Verfertigung des Römischen Gesetzbuches war; (§. 1. 2.) wer es verfassen ließ; (§. 3. 4.) aus welchen Theilen es besteht; (§. 5-14.) und welches Ansehen es in unserm deutschen Vaterlande hat (§. 15. 16. 17.). Ich werde dieses Proömium kurz, doch hinlänglich erläutern. Eine weitläuftigere und ausführlichere Nachricht von dem Römischen Gesetzbuche muß man bey den Rechtsgeschichtschreibern suchen; unter welchen ich Hoffmann, (*1) Brunquell, (*2) Heineccius (*3) und Bach (*4) vorzüglich empfehle.

(1) *Christ. Godfr. Hoffmanni* historia iuris romano Iustinianei etc. praemittitur *Christ. Thomasii* delineatio historiae iuris civilis, accesserunt *Franc. Hottomanni* Antitribonianus, et praefatio de utilitate et necessitate historiae iuris romani Lipsi. 1718. in 4. Dieses Buch ist ein förmlicher Commentar über die ersten 70 §§. von *Thomasii* delineat. hist. iur. rom. Darauf erschien *Christ. Godfr. Hoffmanni* hist. iur. rom. Iustin. Vol. II. Es enthält I. Fragmenta legum regiarum; II. Collationem legum Graecarum; III. Fragmenta XII. Tabularum. IV. Edictum perpetuum. Alsdann folgen noch einige fremde Arbeiten, nemlich *Car. Breti* ordo perantiquus iudiciorum und *Renati; Bottereau* Hadrianus legislator. Endlich wurde im Jahr 1734. der erste Band wieder aufgelegt. Er ist ganz umgearbeitet, und nicht mehr Commentar, sondern ein für sich bestehendes Werk. Doch ist *Thomasii* delineatio etc. angehängt. Auch ist noch beygedruckt: *Io. Seldeni* diss. histor. ad Fletam und *Virginii Valsechii* epistola de veteribus Pisanae civitatis constitutis.

(2) *Io. Sal. Brunquelli* historia iuris romani et germanici. Die erste Ausgabe kam zu Jena 1727. in 8. heraus, die zweyte verbesserte und vermehrte aber zu Amsterdam im Jahr 1730. Eine dritte unveränderte wurde eben daselbst im Jahr 1738. besorgt. Diese bekam im Jahr 1740. ein neues Titelblatt mit der Aufschrift: editio tertia prioribus multo auctior. Sie enthält aber keine Vermehrungen, als die vorgesetzte Lebensbeschreibung des Verfassers.

(3) *Io. Gottl. Heineccii* historia iuris civilis romani et germanici. Man muß sich aber keine ältere Ausgabe dieses Buches anschaffen, als die vom Jahr 1751.

denn in dieser und der folgenden vom Jahr 1765. sind Joh. Daniel Ritters und Joh. Martin Silberrads Anmerkungen beygefügt, welche viele wichtige Zusätze und Verbesserungen enthalten.

(4) *Io. Augusti Bacchii* historia iurisprudentiae romanae. Editio tertia ex schedis B. Auctoris non nihil aucta. Lipsi. 1775. Ein unsterbliches Meisterwerk.

§. 1. Veranlassung des Römischen Gesetzbuches.

Was war also die Veranlassung zur Verfertigung des Corporis iuris? Nichts anders als die ungeheure Menge der Römischen Gesetze, und die daher entstandene schädliche Folgen, Ungewißheit der Gesetze und Schwierigkeit das Römische Recht zu lernen. Der Römische Staat hat seine Regierungsform mehr als einmal verändert. Von Anfang hatte er Monarchen unter dem Königstitel; alsdann eine republicanische Verfassung; endlich wieder Monarchen oder Kayser. In jeder dieser Perioden wurden neue Gesetze gemacht, ohne darum die alten gänzlich abzuschaffen. 1) Die Könige, vorzüglich Romulus, Numa und Servius Tullius gaben mancherley Verordnungen, deren Fragmente einige neuere Schriftsteller gesammelt haben, am besten Merula und Hoffmann (*[1]). 2) Als der Staat frey war, verlohren die Königliche Gesetze darum nicht ihr ganzes Ansehen, sondern man behielt manches davon als Gewohnheitsrecht bey. Es wurden aber auch neue Gesetze gemacht; *leges centuriatae*, *plebiscita* und *senatus consulta*, von deren Beschaffenheit der Titel de iure naturae, gentium et civili Nachricht geben wird. Man ließ ferner 3) durch eine Gesetzcommission (Decemviros LL. scribendis) ein Gesetzbuch verfassen, das theils aus Griechischen, theils aus einheimischen Gesetzen bestand. Es ist unter dem Namen *leges XII. tabularum* berühmt. Dazu kamen 4) viele Gewohnheitsrechte, die im Römischen Staate nach und nach herrschend wurden, und die in dem angeführten Titel de iure nat. gent et civ. ebenfalls näher beschrieben werden sollen. Als endlich 5) die Kayser auf den Thron kamen, gaben sie neue Gesetze in grosser Zahl, und von mancherley Art, die unter dem Namen *Constitutiones Imperatorum* oder *Principum* begriffen werden. Diese Gesetze zusammen machten zu Justinians Zeiten eine ungeheure Menge aus. Schon Livius am angeführten Ort nennt sie einen immensum cumulum aliarum super alias acervatarum legum. Und doch fehlten zu seiner Zeit noch die viele kaiserliche Verordnungen, wodurch das Römische Recht nachher einen beträchtlichen Zuwachs erhielt. Eunapius, ein Schriftsteller des vierten Jahrhunderts in seiner Lebensbeschreibung der Sophisten sagt, etwas hyperbolisch, viele Kameele hätten an diesen Gesetzen zu tragen. Daß diese Weitläuftigkeit des Römischen Rechtes mancherley nachtheilige Folgen haben mußte, ist offenbar. Es entstand daraus erstlich eine grosse Ungewißheit des Rechtes, dann wer

konnte

konnte alle diese Gesetze wissen? Bey manchen war es zweifelhaft, ob und wie viel rechtliche Autorität sie hätten; und daß sie einander oft widersprachen, läßt sich leicht denken. Die zweite schädliche Folge war, daß die Jurisprudenz eine äusserst weitläuftige, dornigte und unangenehme Wissenschaft seyn mußte, welche gründlich zu lernen, nur wenige Menschen Lust, Muth oder Fähigkeit genug hatten. Allerdings war es also bey diesen Umständen ein heilsames Unternehmen Kayser Justinians, ein neues Gesetzbuch entwerfen, das vorzüglichste aus dieser grossen Menge ausheben, ordnen zu lassen, ihm rechtliches Ansehen zu geben, und alles übrige abzuschaffen.

(1) *Merula* de LL. romanorum cap. 2. 3. 4. 5. 6. pag. 30-101. in operibus posthumis Lugd. 1684. *Christ. Godofr. Hoffmann* hist. iur. rom. Vol. 2. Part. 1. pag. 1. sqq.

§. 2. Vor Justinian waren schon Gesetzsammlungen projectirt worden.

Schon lange vor Justinian sollen auch andere den Gedanken gehabt haben, ein Römisches Gesetzbuch zu verfassen. Man sagt, 1) Cicero sey dazu entschlossen gewesen; allein die Sage ist ohne Grund, und beruht auf einem blossen Mißverständnisse. Daß Cicero ein Buch de iure civili in artem redigendo geschrieben habe, sagt Gellius am angeführten Ort. Aber er selbst (*1) giebt eine solche Idee davon, daß man sieht, es war ein kurzes System des Römischen Rechts, Institutionen; kein Gesetzbuch, keine Sammlung Römischer Gesetze. Auch 2) Pompejus soll mit dem Gedanken an eine Gesetzsammlung umgegangen seyn. Allein erst Isidor, ein Schriftsteller des siebenden Jahrhunderts, sagt dieses, und kein gleichzeitiger Autor. Die Nachricht ist also zweifelhaft. Gewisser ist, daß 3) Julius Cäsar die Verfassung eines Gesetzbuches projectirt hat. Suetonius, ein gültiger Zeuge sagt: Cäsar habe viele grosse Projecte gehabt; unter andern habe er wollen ius civile ad certum modum redigere, atque ex immensa diffusaque legum copia optima quaeque et necessaria in pauciſſimos conferre libros. Talia agentem atque meditantem mors praevenit. Endlich unternahm Kayser Justinian im sechsten Jahrhundert dieses Werk, und brachte es zu Stande.

(1) Cic. de orat. lib. 1. cap. 42.

§. 3. Lebensumstände Justinians.

Billig müssen wir diesen den Rechtsgelehrten so merkwürdigen Regenten genauer kennen lernen. Ausführlich, aber im Panegyristentone hat Ludewig (*1) sein Leben beschrieben. Er war von niedriger Herkunft, (obscuro loco natus) aus der Römischen Provinz Illyricum, heut zu tage Sclavonien und Bosnien gebürtig. In der Sprache seines Vaterlandes hieß er Upravda,

der Gerechte; daher vielleicht sein lateinischer Name Justinianus, wie Ritter (*2) bemerkt. Wie kam aber ein Mann von so niedriger Familie zum Kayserthrone? Dazu half ihm seiner Mutter Bruder Justinus. Auch dieser war von der niedrigsten Abkunft, hütete in seiner Jugend das Vieh, wurde aus einem Viehhirten Soldat unter der Garde, (miles praetorianus) stieg bis zum General, und kaufte sich endlich von der Armee die Kayserwürde. Nun zog er seinen Neffen aus dem Staube, ertheilte ihm Würde auf Würde, bestimmte ihn zum Thronfolger, und gab ihm kurz vor seinem Tode die Mitregentschaft. Verschiedene neuere Schriftsteller sagen, Justinian sey auch von seinem Oheim an Kindesstatt angenommen worden; die Erzählung hat aber keinen Grund. Otto, (*3) der diese Adoption behauptet, beruft sich zwar auf eine alte Münze, und auf den Evagrius (*4). Aber die Münze ist, wie Ludewig (*5) bemerkt, und der Anblick auch zeigt, unächt; Evagrius hingegen redet blos von der Aufnahme zur Mitregentschaft, und sagt keine Sylbe von Adoption. Man beruft sich ferner auf einige Stellen im Römischen Gesetzbuche, wo Justinian den Justin *patrem suum* nennt (*6). Allein diesen Titel gaben die Römischen Kayser oft ihren Vorfahren, wenn sie gleich weder ihre leibliche, noch adoptirte Söhne waren, wie d'Arnaud (*7) mit vielen Beyspielen beweist. Blos als Neffe Justins und als bestimmter Thronfolger, nicht als Adoptivsohn gelangte also Justinian im Jahr Christi 527 zum Throne, und regierte das Römische Reich beynahe vierzig Jahre. Ueber seinen Character hat sich eine große Fehde erhoben. Die Gelegenheit dazu gab der Vaticanische Bibliothecar Nicolaus Alemann, durch seine Herausgabe der Procopischen Anecdoten. (Lion 1623.) Procop ist ein Schriftsteller aus Justinians Zeit, der in seinen acht Geschichtsbüchern Justinians Thaten beschreibt, und ihn mit Lob überhäuft. Ganz anders spricht er in jenen Anecdoten von ihm. Da ist ihm Justinian der verdienstloseste schändlichste Mensch, ein einfältiger Tropf, ein Tyrann, ein Geitzhals; seine Gemahlin Theodora die liederlichste, unverschämteste Metze, die je von der Sonne beschienen wurde, eine Kindermörderin u. s. w. Das Buch machte bey seiner ersten Erscheinung viel Aufsehen, dann den Juristen war es ein großes Aergerniß, daß Divus Iustinianus so tief herabgewürdiget wurde. Man zog also gegen das Buch und seinen Herausgeber zu Felde. Einige erklärten das ganze Werk für untergeschoben, andere den Verfasser durchaus für einen Lügner. Aber man hat zu dem einen so wenig Grund, als zu dem andern. Die Aechtheit des Buches hat Hoffmann (*8) ausser Zweifel gesetzt, und ein großer Theil des Inhaltes kann mit Zeugnissen anderer gleichzeitigen Schriftsteller bestätiget werden. Daß Justinians Portrait, so wie es Procop macht, eine Carricatur sey, ist nicht zu leugnen, und manche seiner

Histor-

Histörchen tragen das Gepräge der Lügen an der Stirne. Wer wird es z. E. glauben, wenn Procop erzählt, daß ein böser Geist bey Justinians Mutter einst den Ehemann gespielt, und ihr zu diesem Sohn verholfen habe; daß Justinian bey lebendigem Leibe nach Gespenstermode zuweilen bey Nacht ohne Kopf spazieren gegangen sey? u. d. g. Aber Justinians unleugbare Fehler waren Eitelkeit, die oft bis zum Kindischen gieng, Hang zur Verschwendung, Mangel an festen Grundsätzen, an Muth und Entschlossenheit, und seine Anhänglichkeit an Theodora, die eine Comödiantin, und in diesem Stande schwerlich eine Vestalin gewesen war; die ihn so weit brachte, daß er sich förmlich mit ihr vermählte, ihr die Krone mit eigner Hand öffentlich aufsetzte, und großen Einfluß in die Regierungsgeschäfte verstattete. Daß er übrigens nicht ohne Kenntnisse, und sogar ein fruchtbarer Schriftsteller war, erhellet aus dem Verzeichniß seiner Schriften, das Hoffmann giebt, (*9) und den Zeugnissen der Alten, die Ludewig (*10) gesammelt hat. Vormals war es zwar gemeine Sage, Justinian sey ἀναλφάβητος gewesen, er habe weder lesen noch schreiben können. Man berief sich auf des Suidas, eines Schriftstellers aus dem 10ten Jahrhundert Lexicon, wo es im Artikel Ἰουστιανὸς nach der alten mayländischen Ausgabe heist, Justinian sey sehr orthodox gewesen, und dabey sehr unwissend, ja sogar Lesens und Schreibens unkundig. Allein die Manuscripte des Suidas lesen Justinus statt Justinianus, und Procopius, (*11) aus welchem Suidas die Stelle offenbar genommen hat, redet auch von Justin. (*12) In der Kunst der Gesetzgebung war Justinian wohl kein Meister, und die damalige Zeiten, wo Jurisprudenz und alle Gelehrsamkeit ihrem Falle schon nahe waren, lassen auch keinen Meister in diesem Fache erwarten. Aber manche Gesetze verrathen doch Einsicht und Klugheit, und machen ihrem Verfasser Ehre.

(1) *Io. Petr. de Ludewig* vita Iustiniani atque Theodorae nec non Triboniani. Hal. Sal. 1731. 4. S. auch *Philipp. Invernizi* de rebus Iustiniani M. Rom. 1783. 8.
(2) *Ritter* ad Heineccii hist. iur. Lib. I. §. 382.
(3) *Otto* ad Prooem. inst. et in iurisprud. symbol. Ex. 3. p. 340.
(4) *Evagrius* in histor. eccles. Lib. 4. Cap. 9.
(5) *Ludewig* l. c. pag. 674. tab. I. num. 1. Alemann in s. Procop (not. histor. p. 42. der seltnen Lioner Edition, die ich vor mir habe), hat die Münze zuerst bekannt gemacht.
(6) §. 3. Inst. de donat. §. 4. Inst. quib. non est permiss. fac. test. L. ult. C. de advocat. div. iud. (II. 8.)
(7) *d'Arnaud* var. coniect. Lib. 1. Cap. 11.
(8) *Hoffmann* hist. iur. Vol. 1. pag. 544.
(9) Cit. loc. p. 516.
(10) *Ludewig* l. c. p. 137.

 (11) *Pro-*

(11) *Procopius* in anecdotis p. 28. edit. Lugd. 15. edit. Eichel.
(12) *Nic. Alemann.* not. hiſtor. ad Procop. pag. 18.

§. 4. Juſtinians Heldenthaten.

Auch auf den Namen eines Helden kann Juſtinian keinen großen Anſpruch machen. Indeſſen hatte er das Glück, gute Feldherrn zu finden, und durch ſie Lorbeern zu erfechten. Unter ſeinen vielen Kriegen ſind der Perſiſche, Gothiſche und Vandaliſche die merkwürdigſten. Der Perſiſche Krieg fing ſchon unter Kayſer Anaſtaſius an, wurde unter Juſtins und Juſtinians Regierung mit abwechſelndem Kriegsglück fortgeſetzt, und zur großen Erniedrigung der Römiſchen Nation damit geendiget, daß man ſich mit einem jährlichen Tribut Ruhe und Frieden erkaufen mußte. Glücklicher kriegte Juſtinian durch ſeinen Feldherrn Beliſar mit den Vandalen in Africa. Er beſiegte dieſe Nation, bekam ihren König Gilimer gefangen, führte ihn im Triumph auf, und machte Africa zur Römiſchen Provinz. Eben ſo ſiegreich war Juſtinian in Italien. Er beſiegte die Gothiſche Könige Vitiges, Totilas, und Tejus; zerſtöhrte das Reich der Gothen; brachte ganz Italien nebſt Sicilien unter ſeine Herrſchaft.

Dieſe kurze Kriegsgeſchichte ſetzt uns zum Theil in den Stand, die Titulatur zu verſtehen, deren ſich Juſtinian im Proömium zum Text der Inſtitutionen bedient. Er nennt ſich nemlich: Imperator, Caeſar, Flavius, Iuſtinianus, Alemannicus, Gothicus, Francicus, Germanicus, Anticus, Alanicus, Vandalicus, Africanus etc. Den Titel *Imperator* gab man zu den Zeiten des Freyſtaates nur ſolchen Generalen, die ſich durch auſſerordentliche Thaten auszeichneten, und zwar nicht länger als ihr Commando dauerte, und inſonderheit in dem Fall, wenn ſie einen Triumph halten durften, nicht länger als bis dieſer geendiget war. Julius Cäſar erhielt unter andern Ehrenbezeugungen auch dieſe, daß er den Titel Imperator beſtändig führen durfte. Die folgende Regenten erhielten ihn ebenfalls, und nach und nach fing man an, ihn als den höchſten Ehrentitel anzuſehen. Er bezeichnete das Oberhaupt des Römiſchen Staates. Der Name Cäſar war anfangs nichts als ein Beyname in dem Juliſchen Geſchlecht. (cognomen familiae in gente Iulia) Von den Zeiten Nero's an hieſſen alle Söhne des Kayſers Caeſares. Nachher, ungefehr um Maximin's Zeiten, kam es auf, die bey Lebzeiten des Kayſers ernannten Nachfolger, was heutiges Tags in Deutſchland Römiſcher König heißt, Caeſares zu nennen. Endlich nahmen die Kayſer ſelbſt dieſen Titel an. (*1) Den Namen Flavius hatte zuerſt Conſtantin der Große geführt, weil er aus der Flaviſchen Familie abzuſtammen prätendirte, und ſeine Nachfolger behielten ihn bey. (*2)

Aber warum nennt ſich Juſtinian Alemannicum, Francicum, Germanicum? Dieſe Titel haben ihm Vorwürfe und Haß zugezogen. Haß, dann

Theu-

Theudebert, König der Franken, wollte ihn deswegen bekriegen, und nur der plötzliche Tod dieses Königs unterbrach sein Vorhaben. Vorwürfe der Gelehrten; denn Justinian, sagt man, hat nicht die Alemanier und Franken, viel weniger die ganze deutsche Nation besiegt, wie kann er sich Titel von ihnen beylegen? Auch Heineccius ist von dieser Parthey, wie die Note zeigt. Aber Justinian läßt sich vertheidigen. Er hat diese Titel von seinen Vorfahren geerbt. Schon Tiberius schrieb sich Germanicus, Caracalla nennte sich Alemannicus, Probus führte den Titel Francicus, und man sah seit langer Zeit diese Namen als erbliche Ehrentitel an. Ja es hatte Justinian auch ein eignes Recht auf dieselben. Dann als er mit den Gothen kriegte, riefen diese die Franken und Alemannier zu Hülfe, sie wurden aber mit den Gothen besiegt. (*3) Justinian konnte sich daher Alemannicum und Francicum, auch, weil man damals die Namen Franci und Germani als Synonymen brauchte, Germanicum nennen. Gothicum konnte sich Justinian von der Zeit an mit dem besten Rechte nennen, da er die Gothen besiegt hatte. Aber, fragt man, wie war er im Jahr 533 dazu befugt, da die Institutionen publicirt wurden, und die Gothen noch nicht besiegt waren? Die Antwort ist leicht: er hatte damals schon ein Erbrecht darauf, weil die vorige Kayser den Titel geführt hatten. Anticus heißt unser Kayser, weil er die Anten, ein Slavisches Volk, besiegt hatte. Den Titel Alanicus, Vandalicus und Africanus erwarben ihm seine Siege über die Vandalen in Africa, und die ihnen incorporirte Alanen. Zwar wurden diese Nationen erst im Jahr 535 unterjocht; aber Carthago war doch schon im Jahr 533 erobert, und daher Justinian schon damals zu diesen Ehrennamen berechtiget.

(1) *Heinecc.* ad *Vinn.* pag. 1. *Georg Laur. Hausfritz* comment. de Caesare designato successore imperii antiqui. Norimb. 1737. 4.
(2) *Raevard.* coniect. lib. 3. cap. 17.
(3) *Agathias* de bell. goth. lib. 1. et 2. *Procop.* de bell. goth. lib. 1. cap. 11. *Guil. Hier. Bruckner* comment. an Iustinianus Imperator recte usurpaverit titulos Germanici et Alemannici. Ien. 1709. recus. 1753.

§. 5. Verfassung des Justinianeischen Codex.

Wichtiger als Kriegsthaten sind uns die Bemühungen und Verdienste Justinians um die Gesetzgebung. Das erste Werk, das er veranstaltete, war sein *codex Iustinianeus.* Man bemerke: 1) sobald Rom unter die Herrschaft der Kayser kam, fingen auch diese an, eine gesetzgebende Gewalt auszuüben; anfangs seltener und behutsamer, nachher häufiger, öffentlicher und mit wenigerm Bedenken. Man nennte ihre Gesetze *Constitutiones.* (§. 41.)

2) Zu Constantin des Großen Zeiten fanden sich zwey Rechtsgelehrten, welche die kayserliche Verordnungen von Hadrians Zeiten an sammelten, Gregorius

gorius und Hermogenianus. Diese Sammlung heißen *codex Gregorianus* und *codex Hermogenianus*. Die Alten nemlich machten einen Unterschied zwischen codex und volumen Codex hieß ein Buch, das gebunden war, wie unsere Bücher; volumen ein zusammen gerolltes Buch. Vorzugsweise aber wurden die Sammlungen der kayserlichen Verordnungen codices genennt (*1).

3) Wie diese beyde Sammlungen sich von einander unterschieden haben, ist nicht mit Gewißheit anzugeben. Der Hermogenianische scheint ein Supplement des Gregorianischen gewesen zu seyn. Gregorius hatte nemlich, so viel sich aus den Fragmenten schliessen läßt, die Verordnungen von Hadrian bis auf Constantin M. gesammelt. Hermogenian sammelte nur die, welche in jener Sammlung gar nicht, oder nicht richtig genug standen, insonderheit die Verordnungen Diocletians und Maximians (*2).

4) Nach Constantins M. Zeiten wurden wieder viele neue Constitutionen publiciret. Diese ließ Theodosius der jüngere durch acht Rechtsgelehrte sammeln, und im Jahr 438. unter dem Titel: codex Theodosianus bekannt machen (*3).

5) Endlich gab Justinian im Jahr 528. Befehl, daß sein Magister officiorum, Exquaestor sacri Palatii und Exconsul, oder nach heutigem Ausdruck, sein Hofmarschall, gewesener Canzler und vormaliger Consul (*4) Tribonian mit Hülfe neun anderer Rechtsgelehrten das beste aus den drey vorhergehenden codicibus nehmen; die neue, erst nach der Theodosianischen Sammlung erschienene Verordnungen hinzuthun, und auf diese Weise einen neuen Codex verfertigen sollten. (*5) Diese Arbeit kam im Jahr 529. zu Stande, und heist *codex Iustinianeus*, *codex vetus*, *codex primus*.

6) Der Gregorianische und Hermogenianische Codex sind verlohren gegangen; wir besitzen nur wenige Fragmente davon, die unter andern Schulting (*6) gesammelt hat. Der Theodosianische aber ist noch grösstentheils vorhanden. Wir besitzen vollständig das 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. und 16te Buch; das 1. 2. 3. 4. 5. und der Anfang des 6ten aber sind noch nicht vollständig aufgefunden worden. Man hat noch zur Zeit blos den Auszug dieser Bücher, welchen ein Westgothischer König, Alarich, aus dem Theodosianischen Codex machen ließ (*7).

7) Auch der Justinianeische Codex ist verlohren. Dann Justinian ließ (man sehe §. 10.) nachher einen neuen Codex sammlen, und schaffte den alten ab. Niemand gab sich also die Mühe, den ersten zu erhalten oder abzuschreiben.

8) Nützlich wird es seyn, alles vorhin bemerkte durch eine chronologische Tabelle anschaulich darzustellen.

Hadria-

Verordnungen aller dieser Kayser faßte codex Iustinianeus in sich.

- Hadrianus
- Constantinus M.
- Theodosius iun.
- Iustinianus

Die Verordnungen dieser Kayser enthält der codex Gregorianus und Hermogenianus.

Von diesen der codex Theodosianus.

(1) *Knorr.* obs. ad prooem. Instit. VII. et VIII. *Schwarz* de ornament. libror. diss. 4. §. 2. (Lipс. 1756.)

(2) Eine schöne hieher gehörige Abhandlung ist: *Christ. Frid. Pohl* commentatio historica de codicibus Gregoriano atque Hermogeniano. Lipс. 1777. 4.

(3) *Brunquell* diss. de codice Theodosiano, in opusc. Part. 1. pag. 33. sqq.

(4) Eine genauere Erklärung dieser Titulaturen s. bey *Vinn.* ad prooem. I. §. 3. und *Heinecc.* in not. ibid.

(5) Wie viel Freyheit Justinian den Compilatoren des Codex erlaubte, sieht man aus der Constitution de Iustinianeo Codice faciendo, §. 2. wo es heist: quibus specialiter permisimus, *resecatis* tam supervacuis, quantum ad legum soliditatem pertinet, *praefationibus*, quam similibus et contrariis, praeterquam si iuris alia divisione adiuventur; illis etiam, quae in desuetudinem abierunt, certas et brevi sermone conscriptas, ex iisdem tribus codicibus et novellis compilationibus leges componere, et congruis titulis subdere, *adiicientes* quidem et *detrahentes;* imo et *mutantes verba earum*, ubi hoc commoditas exigeret, *colligentes vero in unam sanctionem, quae variis constitutionibus dispersa sunt*, et sensum earum clariorem efficientes. Und dieser Erlaubniß haben sie sich dann auch meisterlich bedient. (§. 15. num. 1.)

(6) *Schulting* in iurisprudentia anteiustinianea pag. 681-718. Edit. Lipс.

(7) Die beste Ausgabe dieses Werks ist die, welche zu Leipzig im Jahr 1736. mit dem berühmten Commentar von Jacob Gothofredus, und Joh. Daniel Ritters Zusätzen in 6 Theilen erschienen ist.

§. 6. Verfassung der Pandecten.

Als die Kayserliche Verordnungen gesammelt waren, gab Justinian seinem Tribonian und 16. Rechtsgelehrten einen zweyten Auftrag. Er befahl, daß sie das beste und brauchbarste aus den Schriften der Rechtsgelehrten excerpiren, und aus diesen Excerpten ein systematisches Werk verfertigen sollten. Auch dieser Auftrag ward befolgt, und das Werk *Pandectae* oder *Digesta* genennt. Von diesem wichtigen Buche ist folgendes anzumerken.

1) Die Pandecten sind Auszüge aus den Schriften der alten Rechtsgelehrten,

lehrten, die man zusammen gesetzt und unter gewisse Rubriken gebracht hat. Man sammelte z. E. alle Rechtssätze von Procuratoren, die man in den alten Juristen fand, setzte die Excerpten zusammen, und schrieb die Rubrik darüber: de procuratoribus (*1).

2) Woher aber der Name dieses Werks? Pandectae stammt von πᾶν (alles) und δέχεσθαι (zusammenfassen) ab. Denn die Pandecten sollten alles begreifen, was in den Schriften der Juristen gutes und nützliches enthalten war. Die Alten nennten auch ihre Speisekammern pandectas, wie Apicius lehrt, (*2) und vielleicht veranlaßte dieses den Kayser, nach dem Beyspiel anderer Schriftsteller einem Buche, das eine Speisekammer für die Rechtsgelehrten seyn sollte, diesen Titel zu geben. Digesta heist das Werk, weil alles darin gar schön digerirt, geordnet seyn sollte, was in den ältern juristischen Werken zerstreut stand.

3) Die Quellen der Pandecten sind die Schriften der alten Rechtsgelehrten. Aber aus welchen hat man gesammelt? Nicht allen ist diese Ehre erzeigt worden, nur Vierzigen, und zwar hauptsächlich solchen, welche seit Hadrians Zeiten gelebt und geschrieben hatten, den Schriften Julians, Papinians, Ulpians, Paulus, Marcellus, Cajus u. s. w. Wieling (*3) giebt ein vollständiges Namenregister. Also die Schriften der Rechtsgelehrten, welche zu den Zeiten der freyen Republik und unter den ersten Kayserrn gelebt hatten, wurden meistens übergangen. (*4) Denn das römische Recht hatte durch das edictum perpetuum, (man sehe unten §. 55.) durch die viele kayserliche Verordnungen; durch die Verlegung der Residenz von Rom nach Constantinopel, und durch die Einführung der christlichen Religion eine solche Veränderung erlitten, daß man in den Schriften der ältern Juristen nichts practisches zu finden glaubte. Die Zahl der excerpirten Schriften giebt Justinian selbst an. Sie belief sich auf 2000, und diese enthielten drey Millionen versus. Die Bedeutung des Worts *versus* aber ist sehr zweifelhaft. Ludewig (*5) erklärt es mit andern durch Paragraphen, oder Sentenzen, Perioden; Gundling (*6) hingegen durch Zeilen.

4) Bey dem excerpiren der alten Juristen verfuhr man nicht gewissenhaft. Man veränderte die Worte und behielt nur den Sinn bey, man ließ weg und setzte zu. Insonderheit machte man Veränderungen, wenn die alte Rechtsgelehrte etwas sagten, was zu Justinians Zeiten nicht mehr Rechtens war, oder etwas nicht sagten, was unter Justinians Regierung galt, und jetzt zugesetzt werden mußte. Z. E. in der L. ult. §. 1. D de senator. spricht Ulpian von der Distinction der Senatoren in illustres, spectabiles und clarissimos, die doch erst lange nach ihm aufkam. Man nennt dergleichen Verfälschungen der Excerpte: *emblemata Triboniani*.

5) Die

5) Die Originalsprache der Pandecten ist unstreitig die lateinische. Denn die alten Juristen hatten lateinisch geschrieben, also waren auch die Excerpte aus ihnen lateinisch. Nur aus zwey griechischen Schriften hat man in die Pandecten griechische Stellen aufgenommen, nehmlich aus Modestins Büchern de excusationibus, und aus Papinians Buche de officio aedilium municipalium. Aber das ist bezweifelt worden, ob wir die alte ächte lateinische Pandecten noch besitzen. Ein holländischer Kritiker Jensius (*7) leugnet dieses, und behauptet, die lateinische Originalpandecten wären vorlängst ins Griechische übersetzt worden, und darauf verlohren gegangen. Nachher habe man die griechische Uebersetzung wieder ins Lateinische übergetragen, und diese Uebersetzung der Uebersetzung hätten wir heutzutage. Aber seine Argumente sind schwach, und von Bach hinlänglich widerlegt worden (*8).

6) Die Abtheilung der Pandecten ist folgende: das Ganze ist in sieben Theile und in 50. Bücher abgetheilt, die Bücher in Titel, die Titel in kleinere Abschnitte, die man insgemein *leges* nennt, und diese Gesetze in Stücke, deren erstes *prooemium* oder *principium*, die folgende Paragraphen heissen. Ich sage, die man insgemein *leges* nennt: Ganz richtig ist diese Benennung nicht, aber doch gewöhnlich. Die Pandecten sind zwar ein Werk, das im Ganzen gesetzliches Ansehen hat. Aber darum kann man doch nicht behaupten, daß jedes einzle Stück ein Gesetz sey; denn die Pandecten enthalten Definitionen, Divisionen, Argumentationen, die ihrer Natur nach nicht als Gesetze gelten können, und die noch dazu oft unrichtig, unvollständig, inconsequent sind. Sie enthalten theoretische Sätze, die falsch sind, z. E. historische Irrthümer, unrichtige Wortherleitungen u. d. g. (*9) Es haben daher auch einige Juristen die Benennung lex verlassen, und *caput* dafür gesetzt.

7) Man unterscheidet den Text der Pandecten von den Compendien. Text der Pandecten heißt das bisher beschriebene Werk, das Justinian verfertigen ließ, und das von unserm corpore iuris den zweyten Theil ausmacht. Unter Pandectencompendien aber versteht man neuere, zum Behuf academischer Vorlesungen geschriebene, nach der Ordnung der Justinianeischen Pandecten eingerichtete Systeme des ganzen in Teutschland geltenden Privatrechtes. Die Grundlage darin ist Römisches Recht, aber nicht blos Sätze der Justinianeischen Pandecten, sondern auch Verordnungen des Coder und der Novellen, ja auch canonisches und teutsches Recht sind beygebracht.

8) Die Ausgaben der Pandecten sind, wie man insgemein, aber sehr seltsam und unrichtig spricht, dreyerley: die Florentinische, Haloandrinische und *vulgata*. Ich sage, seltsam und unrichtig, denn es giebt mehr Ausgaben als drey, auch ist die vulgata keine einzelne Edition, sondern mehr als Eine Ausgabe hat diesen Namen. Die Florentinische hat Franz Tau-

rellus zu Florenz im Jahr 1553. in Folio herausgegeben. Sie ist ein Abdruck des berühmten Florentinischen Manuscripts, von dem, (nach meiner Ueberzeugung) alle übrige Pandectenmanuscripte, so viel man deren kennt, Abschriften sind. Diese Ausgabe ist in sieben Theile, nicht in zwey oder drey Bände, wie einige sagen, abgetheilt; ist sehr selten und schätzbar. Die Haloandrinische hat Gregor Haloander zu Nürnberg im Jahr 1529. in drey Quartbänden besorgt. Sie gehöret wegen ihrer ausnehmenden Richtigkeit und vielen guten Lesearten unter die vorzüglichsten; (*10) ob man gleich mit Grund an dem Herausgeber tadelt, daß er oft den Text ohne Noth verändert, und seine Veränderungen nicht, wie billig, als Muthmassungen an den Rand gesetzt, sondern in den Text eingeschoben hat. Vulgata editio endlich hieß vormals jede Ausgabe, welche in einer gewissen Zeitperiode sich gemein gemacht hatte, welche die laufende Ausgabe war. Bald also war diese, bald eine andere die vulgata. Seitdem die Gothofredische Ausgabe existirt, giebt es keine wahre, von der Florentinischen unterschiedene vulgatam. Dann Gothofreds Ausgabe ist die gewöhnlichste, sie stimmt aber fast ganz mit der Florentinischen überein (*11).

9) Noch ist übrig, daß wir die Art, die Pandecten zu allegiren, kennen lernen. Man unterscheide a) die natürliche, aber nicht gewöhnliche, b) die bey den alten Juristen eingeführte, und c) die heutigestags übliche Weise zu allegiren. Nemlich a) die natürlichste Methode wäre, daß man Buch, Titel, Gesetz und Paragraph mit Zahlen bezeichnete, z. E. setzte:

Pandectar. Lib. 3. Tit. 3. Lex. 40. §. 1.

Aber sie ist nicht eingeführt, vielleicht weil sie zu weitläuftig schien, und man ein solches Allegat nicht leicht im Gedächtniß behalten kann. b) Die alten Juristen setzten also statt dessen die Anfangsworte des Gesetzes und des Paragraphes nebst der Ueberschrift des Titels z. E.

L. *Pomponius*, §. *sed et* ff. oder D. de procurator.

Dieß Allegat war leicht auswendig zu behalten, und man forderte von einem Juristen, daß er wußte, wo der Titel de procuratoribus, und in demselben das Gesetz, das mit Pomponius anfängt, steht. (*12) c) In den neuern Zeiten ist es gewöhnlich worden, statt der Anfangsworte des Gesetzes und der Paragraphen die Zahl derselben zu setzen, weil dieses bequemer für den Aufschlagenden ist. Man setzt also ein L. (dieß heißt lex); darauf die Zahl des Gesetzes; das Zeichen §. welches paragraphus bedeutet; die Zahl des Paragraphs; ein D oder π. oder ff. welches die Pandecten anzeigt, und endlich die Ueberschrift des Titels, z. E.

L. 40.

L. 40. §. 2. { D. / π. / ff. } de procuratoribus.

und spricht es aus lex 40. paragrapho 2. Digestis (oder Pandectis) de procuratoribus. Ist das prooemium oder principium eines Gesetzes, das heißt, der erste Satz aus dem Gesetz, der vor den Paragraphen vorausgeht, zu allegiren: so schreibt man z. E.

L. 20. pr. { D. / π. / ff. } de dolo malo,

und spricht es aus: Lex 20. prooemio oder principio Digestis de dolo malo. Einige verbinden die alte und neue Methode, indem sie schreiben:

L. Pomponius 40. §. sed et 2 D. de procuratoribus,

welches allgemeine Nachahmung verdiente. Die Ursache übrigens, warum man die Pandecten mit ff. anführt, ist schwer anzugeben. (*13) Vermuthlich ist dieses Zeichen ein verdorbenes π. Endlich ist noch zu wissen, daß man zuweilen die Buchstaben D. π. und ff. ganz weg läßt. Wenn also im Allegat nicht bemerkt ist, ob der codex oder die Pandecten zu verstehen seyen, so sind die letztern gemeynt.

10) Wer nun ein Allegat aus den Pandecten aufschlagen will, muß wissen, wo der angegebene Titel steht, z. E. er muß wissen, daß der Titel de procuratoribus der dritte im dritten Buche ist. Weiß man das nicht, so muß man das alphabetische Titelregister, das vor dem corpore iuris steht, nachschlagen.

(1) Die Folge der Titel stimmt meistens mit der im beständigen Edict überein. (§. 53.) Die Excerpte in jedem einzelnen Titel sind wieder nach gewissen Regeln geordnet. S. *Christian Franc. Koch.* diss. de ordine legum in Pandectis. Giss. 1784.
(2) *Apicius* de re culinaria, Lib. 4. p. 103.
(3) *Wieling* in iurisprud. restituta, P. 1. pag. 72. sqq.
(4) Nur aus den Schriften des Q. Mucius Scävola und Cajus Aelius Gallus, die in dem Freystaate, des M. Antistius Labeo und Alphenus Varus, die unter August, des Masurius Sabinus, der unter Tiberius, und des Sempronius Proculus, der unter Claudius gelebt hatte, ist etwas aufgenommen.
(5) *Ludewig* vita Iustiniani pag. 211. sqq.
(6) *Gundling* in Gundlingianis, P. 4. obs. 5.
(7) *Iensius* in stricturis ad Pand. et Cod. edit. quart. Roterd. 1764.
(8) Unpartheyische Critik über juris. Schriften, 1ter Band, 3tes Stück, 163. und f. f. Seite.

(9) *Io. Frid. Klett* de iuris Iustinianei placitis, quae vim legis non habent. (Erl. 1748.) §. 5. sqq. *Püttmann* interpret. et observat. cap. 17.

(10) *Duaren.* disput. anniversar. Lib. I. disp. 29.

(11) Meurer's juristische Abhandlungen, S. 199. u. f. f.

(12) Die Alten erforderten überhaupt bey einem Juristen ein starkes Gedächtniß; er soll, sagten sie, ferreum caput, dabey aber plumbeas nates und auream crumenam haben. Von Donellus erzählt man, er habe das ganze corpus iuris von Wort zu Wort, und von einem Petrus Ravenna gar, er habe es mit samt den Glossen auswendig gewußt, und sey daher Petrus a memoria genennt worden. *Pancirol.* de clar. leg. interpret. lib. 2. cap. 138. *Stryk* de iure sens. diss. 8. cap. 2. n. 6.

(13) Die verschiedene Meynungen führt *Westenberg* in princip. iur. sec. ord. instit. Proleg. §. 99. sqq. an. Doch eine der schönsten, daß die große Liebe der beyden Kayser Friedrich des I. und II. für die Pandecten damit angedeutet werde, hat er vergessen.

§. 7. Von den funfzig Entscheidungen.

Zu der Zeit, als die Pandecten verfertiget wurden, gab Justinian seine funfzig Entscheidungen heraus. Um sich davon den rechten Begriff zu machen, behalte man folgendes:

1) Die alte Rechtsgelehrten hatten viele gelehrte Streitigkeiten unter sich geführt, in vielen Rechtsmaterien verschiedene Meynungen gehegt.

2) Die Hauptursachen dieser Streitigkeiten waren die Secten, die zu Kayser Augusts Zeiten entstanden waren. Damals nemlich lebten zwey berühmte Rechtsgelehrte, Cajus Atejus Capito, und Quintus Antistius Labeo, die aus mancherley Ursachen in ihren Meynungen sehr oft verschieden waren, die ihre Schüler und Anhänger hatten, und Anlaß gaben, daß länger als ein Jahrhundert fast alle Rechtsgelehrten in zwey grosse Partheyen getrennt, und nur wenige neutral oder eclectisch waren. (*1) Die Anhänger des Capito hiesen Sabinianer oder Cassianer, weil zwey berühmte Juristen Masurius Sabinus und Cajus Cassius Longinus zu dieser Secte gehörten. Labeo's Schüler heissen Proculejaner, von Proculus, einem der angesehensten Männer seiner Schule. (*2) Daß sie auch Pegasianer geheissen hätten, wie Heineccius sagt, ist nicht zu erweisen.

3) Als man die Pandecten zu compiliren anfing, zeigten sich die verschiedene Meynungen und Widersprüche in den juristischen Schriften. Daher gab Justinian 50 Verordnungen, worin er durch Tribonian die vornehmste Streitfragen entscheiden ließ, und die daher die funfzig Decisionen oder Entscheidungen heisen.

4) Justinian hat sie nicht auf einmal, sondern zu verschiedenen Zeiten ertheilt; wahrscheinlich sie nachher sammlen lassen, und endlich sind sie seinem zweyten Codex einverleibt worden. Ob sie aber alle darin stehen, wo sie anzutreffen, woran sie zu erkennen und wie sie zu zählen sind, ist sehr

zwei-

zweifelhaft. (*3) So viel aber ist gewiß: wenn eine Verordnung im Coder (a) die Ueberschrift: Iustinianus Iuliano P. P. oder Ioanni P. P. führt; (b) die Unterschrift hat Lampadio et Oreste Coss. oder anno primo post consulatum Lampadii et Orestis, oder anno secundo post consulatum Lampadii et Orestis, das heist, wenn sie in den Jahren 530. 531. oder 532. gegeben ist; und (c) eine Streitfrage der alten Juristen entscheidet: so gehört sie zuverläßig unter die 50 Entscheidungen. Man sehe z. E. L. 10. Cod. de impub. et aliis substit. (VI. 26.) L. 31. Cod. de fideicommissis (VI. 42.) L. 19. Cod ad legem Falcid. (VI. 50.)

5) Verschiedene neuere Rechtslehrer haben die 50 Entscheidungen aus dem Coder gesammelt und erklärt. Vorzüglich sind des Emund Merillius und Johann Strauchs Arbeiten. (*4) Des Merillius Commentar ist vollendet, der Strauchische nicht, nur zehen Entscheidungen sind darin erläutert.

(1) *Car. Ferd. Hommel.* diss. de principali causa dissensionum inter Labeonem et Capitonem. Lipsi. 1751. *Christ. Gottlieb Biener* diss. Antistius Labeo, iuris civilis novator. Lipsi. 1786.

(2) Die beste Abhandlung ist *Gottfr. Mascov.* de sectis Sabinianorum et Proculianorum in iure civili. Lipsi. 1728. 8. Diese zweyte Auflage ist sehr vermehrt.

(3) *Io. Pet. de Ludewig* Iustinian. Cap. 8. §. 33. not. 177. 178. p. 231. *Idem* in diss. de pactis de superstitiis heredio, item 50 Decis. charact. Cap. 1.

(4) Des Merillius Commentar kam zu Paris 1618. in 4. heraus, steht auch in dessen Werken (Neapel 1720. 4.) Part. 2. Strauchs Erläuterung ist zu Jena 1659. und zum zweytenmale zu Giesen 1676. in 4. gedruckt.

§. 8. Verfassung der Institutionen.

Coder und Panderten waren nun fertig. Man sah aber bald, daß diese Bücher dem Anfänger nicht dienen konnten, um daraus die Rechtsgrundsätze zu erlernen. Justinian befahl daher, zum Besten der juristischen Lehrlinge ein kleines Elementarbuch zu entwerfen, mit dem sie den Anfang in ihren Studien machen, die Milch der Jurisprudenz einsaugen könnten. Er übertrug diese Arbeit dreyen Rechtsgelehrten, Tribonian, Dorotheus und Theophilus. Tribonian war, wie schon oben erinnert worden ist, Magister officiorum, Exconsul und Exquaestor sacri Palatii Dorotheus, Professor der Rechte zu Berytus, und Theophilus Rechtslehrer zu Constantinopel. Als die Arbeit fertig war, erhielt sie den Titel *Institutiones*.

1) Die Quellen dieses Buches sind (a) die Institutionen einiger älterer Juristen, vorzüglich des Cajus, eines Rechtsgelehrten aus Hadrians Zeit, dessen Buch noch jetzt grösstentheils vorhanden ist; (b) der alte oder erste Coder, und (c) die Pandecten.

2) Die Eintheilung der Institutionen ist diese: sie haben vier Bücher:

jedes

jedes Buch seine Titel, jeder Titel seine Abschnitte, wovon der erste *prooemium* oder *principium*, die folgende aber Paragraphen heissen.

3) Der Text muß auch bey diesem Buche nicht mit den Compendien verwechselt werden. Die Arbeit der drey eben genannten Männer, des Tribonian, Dorotheus und Theophilus, ist der Text. Anfangsgründe des römischen Rechts aber, von neueren Schriftstellern nach Ordnung des Justinianeischen Textes entworfen, heisen compendia der Institutionen. Jener, der Text, hat gesetzliches Ansehen, das den Compendien fehlt.

4) Man hat eine griechische Paraphrase des Institutionentextes, das heist, eine griechische Uebersetzung, in welcher der Text durch Zusätze erweitert und erklärt ist. Sie hat einen Theophilus zum Verfasser, der wahrscheinlich derselbe Rechtslehrer ist, welcher an den lateinischen Institutionen mit arbeitete, und ist ein gutes Hülfsmittel zur Erklärung des lateinischen Textes.

5) Die Art, die Institutionen zu allegiren, kommt mit der bey den Pandecten gewöhnlichen überein. Man bemerke, (a) der Jurist allegirt die Institutionen nicht, wie andere Bücher allegirt zu werden pflegen. Z. E. nicht Instit. Lib. 1. Tit. 10. prooem. oder §. 2. sondern (b) wann diese Stellen bey ältern Juristen angeführt werden: so heißt es.

Pr. Inst de nupt. oder §. inter eas Inst. de nupt.

Inter eas sind die Anfangsworte des §. 2. im Titel de nuptiis. (c) Die neuere hingegen lassen die Anfangsworte des §. weg und setzen dafür die Zahl z. E.

§. 2. { Inst. / I. } de Nuptiis.

Also das Paragraphzeichen; die Zahl, das abgekürzte Wort Inst. oder auch nur den Buchstab I.; endlich die Ueberschrift des Titels, aus dem das Allegat genommen ist. Einige setzen auch nur §. 2. de nupt. Um ein solches Allegat aufzuschlagen, ist nichts nöthig, als zu wissen, wo der citirte Titel steht, welches dann einer, der es nicht auswendig weiß, aus dem Titelregister erfahren kann.

(1) Die beste Ausgabe dieser Paraphrase ist die Reizische. Haag 1752. 2 Bände in 4.

§. 9. Alter der Institutionen und Pandecten.

Es ist nützlich, das Alter eines Gesetzbuches zu wissen; insonderheit nützlich zu wissen, welches von mehreren Gesetzbüchern das ältere, welches das neueste sey. Davon wird uns der 15te Paragraph überzeugen. Unser Autor vergleicht deswegen hier das Alter der Pandecten und Institutionen mit einan-

einander. Welches von beyden Büchern ist älter? Man unterscheide drey Zeiten, die Zeit der Verfertigung, der Bekanntmachung, und der Bestätigung. Die Pandecten sind eher als die Institutionen verfertiget worden. Als die Pandecten schon ganz, oder wenigstens grösstentheils fertig waren, fing man erst an, die Institutionen zu schreiben. Aber die Institutionen wurden eher als die Pandecten bekannt gemacht. Die Institutionen ließ Justinian am 21ten Nov. im Jahr 533, (*1) die Pandecten erst am 16ten December desselben Jahrs publiciren. Die Bestätigung erhielten beyde Bücher auf Einen Tag. Justinian verordnete, beyde sollten gesetzliches Ansehen (plenissimum constitutionum Iustinianearum robur) vom 30ten December des Jahrs 533. an haben.

(1) Das Prooemium der Institutionen ist unterschrieben D. CP. XI. Kal. Dec. D. Iustiniano PP. A. III. COS. Das heist: Datum Constantinopoli XI. Kalendas Decembris, Domino Iustiniano perpetuo Augusto tertium consule. S. *Schroeder* observat. iur. civ. pag. 5.

§. 10. Neuer Codex.

Nach Verfertigung des Codex, den wir §. 5. kennen lernten, hatte Justinian eine grosse Menge neuer Verordnungen, über zweyhundert, publicirt. Manche alte Verordnung des Codex war auch durch diese neue Gesetze abgeschafft und aufgehoben. Justinian gab daher Befehl, den alten Codex zu revidiren, mit den neuen Verordnungen zu vermehren, insonderheit die funfzig Decisionen einzuschalten, die abgeschaffte Verordnungen wegzulassen, auch sonst alle ihnen nöthig scheinende Verbesserungen zu machen, und solchergestalt eine neue Ausgabe des Codex zu besorgen. Der Befehl wurde durch Tribonian und vier andere Rechtsgelehrte befolgt, und der neue Codex unter dem Namen *codex repetitae praelectionis* im Jahr 534. bekannt gemacht. Der alte Codex hingegen wurde völlig abgeschafft, und sein gerichtlicher Gebrauch verboten. Ich habe von diesem neuen Codex folgendes anzumerken.

1) Der Name codex repetitae praelectionis kommt von der Gewohnheit der Alten her, ihre Bücher vor der Bekanntmachung öffentlich vorzulesen. Wer ein Buch zum zweytenmal herausgab, wiederholte die Vorlesung. Daher heißt liber repetitae praelectionis, die zweyte Ausgabe eines Buches, codex repetitae praelectionis ein neuer, verbesserter Codex.

2) Der Codex ist in zwölf Bücher; diese in Titel, die Titel in Gesetze, und die Gesetze in prooemium und Paragraphe eingetheilt.

3) Die Originalsprache der meisten Gesetze im Codex ist die lateinische. Der oben (§. 6.) angeführte Jensius behauptet zwar, viele Verordnungen im Codex, die wir für lateinische Originale hielten, seyen Uebersetzungen aus dem griechischen. Aber seine Beweise sind hier eben so unzulänglich als bey den Pandecten (*1).

4) Nicht wenige Verordnungen, die vormals im Codex standen, sind durch die Nachläßigkeit der Abschreiber, und durch die Verwüstung der Zeit verlohren gegangen. Verschiedene Gelehrte, Cujacius, Charondas, und Contius haben sie zum Theil aus den griechischen Gesetzbüchern wieder hergestellt, und dem Codex einverleibt.

5) Der Codex ist, wie man aus dem bisher gesagten sieht, von den Pandecten darin verschieden, daß jener eine Sammlung kayserlicher Verordnungen ist, diese aber Auszüge aus den Schriften der alten Rechtsgelehrten enthalten.

6) Bey dem Allegiren des Codex ist, so wie bey den Pandecten, die natürlichste Art von der vormals eingeführten, und von der jetzt gewöhnlichen zu unterscheiden. Wer den Codex nemlich allegiren wollte, und die eingeführte Art nicht kennte, würde setzen.

Codex, Lib. 4. Tit. 18. L. 2. §. 2.

Aber auf diese Weise allegiren die Rechtsgelehrte nicht. Vor Zeiten führten sie den Codex also an:

L. receptitia §. his videlicet Cod. de constituta pecunia.

Receptitia nemlich ist das Anfangswort des zweyten Gesetzes im Titel de constituta pecunia, und mit his videlicet fängt sich der zweyte Paragraph in diesem Gesetz an. Weil diese Anführungsart aber die Unbequemlichkeit hat, daß der Aufschlagende die Anfangsworte aller Gesetze in dem allegirten Titel, und die Anfangsworte aller Paragraphen in dem allegirten Gesetz durchlaufen muß: so allegirt man in neueren Zeiten die Zahl des Gesetzes und Paragraphes; man setzt:

L. 2. §. 2. C. (oder Cod.) de constituta pecunia, oder auch die Anfangsworte und Zahl zugleich.

L. receptitia 2. §. his videlicet 2. C. de constit. pec.

Will man das Allegat nachschlagen, so hat man im Titelregister den Titel de constituta pecunia zu suchen; dieses zeigt, daß er im 4ten Buche des Codex der 18te ist. Einige neue Juristen setzen noch die Zahl des Buches und des Titels bey, z. E.

L. 17. C. de pignor. (VIII. 14.)

Diese Mode verdiente allgemein eingeführt zu werden; dann da man heutiges Tages keine Vorlesungen mehr über den Codex hält, so kann man von einem Juristen nicht fordern, daß er die Titelfolge dieses Buches auswendig wisse (*2).

Die Anmerkung zum gegenwärtigen Paragraph sagt, in den Institutionen, im Texte nemlich, würden oft Verordnungen des Codex allegirt, die doch in unsern Ausgaben nicht stünden. Sehr oft geschieht dieses nun wohl nicht,

nicht, sondern nur dreymal, und diese drey Stellen zeigt der Autor selbst an. (*3) (1) Im §. 27. Inst. de legat. desgleichen im pr. Inst. de bon. possess. wird eine Verordnung Justinians de personis incertis; (2) im §. 7. Inst. de legit. agnat. success. und §. 3. de success. libertor. eine Verordnung de iure patronatus, und (3) im §. 24. et 33. de act. eine Constitution de plus petitionibus angeführt. Diese drey Verordnungen aber fehlen im Codex. Woher kommt dieß? Man giebt zweyerley Ursachen an. Einige sagen mit unserm Autor, zu der Zeit, als die Institutionen geschrieben wurden, hätte man den alten Codex noch gehabt, darinn hätten diese drey Verordnungen gestanden, in dem neuen aber seyen sie weggelassen. Andere hingegen, welche dann wohl Recht haben mögen, behaupten, die in den Institutionen allegirte, im Codex fehlende Verordnungen hätten sowohl im alten als im neuern Codex gestanden, sie wären aber nachher entweder durch ein Versehen der Abschreiber verlohren gegangen, oder durch Zufall und Zeit vernichtet worden.

(1) Unpartheyische Critik über juristische Schriften, 3ter Band, 6ter Theil, 500 u. f. Seite.

(2) Schon die ältere Juristen setzten, wenn sie etwas aus den drey letzten Büchern des Codex anführten, die Zahl des Buches und Titels bey; theils weil diese Bücher sehr viele Titel, theils weil sie wenig practischen Nutzen haben, und daher von den Juristen so wenig gelesen wurden, daß man Niemand zumuthete, die Titelfolge auswendig zu wissen.

(3) Vielleicht gehört auch unter die verlohrnen Verordnungen die constitutio de testimonio legatariorum in testamento, deren §. 11. I. de testam. gedenkt. S. *Vinn.* ad h. §.

§. 11. und 12. Von Justinians Novellen.

Nachdem auch der neue Codex fertig war, regierte Justinian noch viele Jahre. Weil ihm in dieser Zeit manche Fälle vorkamen, die in seinen Rechtsbüchern noch nicht entschieden waren, oder die er jetzt anders entscheiden wollte, als dort geschehen war: so gab er nach und nach noch eine ziemliche Anzahl neuer Verordnungen, worinn er theils das alte Recht änderte, theils Fälle entschied, die in den vorigen Rechtsbüchern, Institutionen, Pandecten und Codex nicht vorkamen. Diese neue Verordnungen heisen *Novellae* (nemlich leges,) und sind in einer Sammlung dem corpori iuris beygefügt worden. Ich habe mancherley darüber anzumerken.

1) Fragt sich's, wer hat die Sammlung der Novellen, welche wir besitzen, gemacht? Daß Justinian selbst eine Sammlung zu veranstalten versprochen hat, ist gewiß; auch daß er eine zu Stande gebracht habe, ist nicht mit Grund zu bezweifeln; wie der jüngere Hombergk (*1) bewiesen hat. Aber ob die Sammlung, welche wir besitzen, dieselbige sey, die Justinian hat machen lassen, ist eine andere Frage. Aus verschiedenen Gründen ist zu

schliessen, daß wir die Justinianeische Sammlung nicht besitzen. Wenigstens ist gewiß, daß in unserer Sammlung manche unächte Novellen sind, Verordnungen von Justin II. von Tiberius, und Eparchica, das heist, Edicte gewisser hohen Magistratspersonen, welche praefecti praetorio oder griechisch Ἔπαρχοι hiesen. (*2) Indessen ist unsere Sammlung doch schon alt, dann im 9ten Jahrhundert war sie schon vorhanden. Dieses sieht man aus einem griechischen Rechtsbuche dieses Jahrhunderts, (*3) wo es heist, die 160ste Novelle handle von usuris pecuniae mutuaticiae. Eben dieses ist aber auch der Inhalt der 160sten Novelle in unserer Sammlung.

2) Welches ist die Originalsprache der Novellen? Hommel (*4) glaubt, die lateinische. Aber der vorhin genennte Hombergk (*5) zeigt, daß die meiste Novellen griechisch, einige auch griechisch und lateinisch zugleich publicirt worden sind. Indessen ist das griechische Original der Novellen lange unbekannt gewesen. Erst im Jahr 1533. gab es Gregorius Haloander zu Nürnberg heraus. Der Buchdrucker Hervagius besorgte im Jahr 1541. zu Basel eine mit einigen Novellen vermehrte Edition. Und eine dritte, mit 23 ungedruckten Novellen bereicherte gab Heinrich Scrimger (*6) im Jahr 1558. zu Paris heraus. Diese ist 1561. zu Basel wieder aufgelegt worden. (*7).

3) Die Novellen sind dreymal übersetzt. Man hat die gemeine (*vulgatam,*) die Haloandrische, und die Hombergkische Uebersetzung. Die gemeine steht in corpore iuris. Ihr eigentliches Alter und Verfasser sind unbekannt; doch scheint sie im 9ten Jahrhundert schon existirt zu haben. Sie ist von Wort zu Wort gemacht, ohne Rücksicht auf das Genie der lateinischen Sprache und voll Barbarismen. Weit reiner und eleganter ist die Haloandrische. Agyläus, ein holländischer Rechtsgelehrter, der im Jahr 1595. zu Utrecht starb, hat die Fehler der Haloandrischen Uebersetzung bemerkt, einige Novellen ganz neu übersetzt, und Varianten zu der Haloandrischen Ausgabe geliefert. Sein Buch ist unter dem Titel: Novellarum Iustiniani Principis constitutionum supplementum zu Cölln 1560. in 8. herausgekommen. (*8). Die beste Uebersetzung aber ist die von Hombergk dem Vater, welche im Jahr 1717. zu Marburg in 4. erschien.

4) Sehr merkwürdig ist die *epitome Iuliani.* Nemlich Julian ein Rechtsgelehrter zu Constantinopel machte um das Jahr 570. einen Auszug aus Justinians Novellen in lateinischer Sprache, der, weil er kürzer und angenehmer zu lesen ist als das Original, grosses Ansehen erhielt. Die besten unter den sehr vielen Ausgaben dieser epitome sind die Baselische vom Jahr 1576. und die Pariser vom Jahr 1689.

5) Was

5) Was gilt aber in der Praxis, das griechische Original, oder eine Uebersetzung, und welche? Billig sollte das Original gelten, und wenn man ihm eine Uebersetzung vorziehen wollte, so sollte man wenigstens die beste wählen; aber der Gerichtsbrauch nimmt weder das Original, noch die beste Uebersetzung, sondern die gemeine Version an. (* 9) Dieses kommt daher, weil zu der Zeit, als das corpus iuris in Deutschland recipirt wurde, nicht das Original, sondern die versio vulgata darinn stand. Was aber zur Zeit der Reception vorhanden war, das wurde angenommen. Weicht also die vulgata von dem Text ab, so folgt man nicht dem Text, sondern der Uebersetzung. Z. E. in der 107. Novelle sagt die vulgata: die Eltern sollen im Testamente unter Kindern das datum, und zwar mit eigener Hand beysetzen. Das Original sagt nur: wann die Eltern das *datum* beysetzen wollen, so sollen sie es mit eigener Hand thun. (§. 460.) Eine andere Verschiedenheit zeigt Strube am angeführten Orte.

6) Die Novellen sind, vermuthlich von den Glossatoren, in neun collationes, und diese in Titel eingetheilt worden. Wann daher die alte Juristen die Novellen allegiren wollten, so setzten sie: Authentica, (dann so nennten sie die Novellen (§. 13.) alsdann die Anfangsworte der Novelle, den Anfang des Capitels, oder Paragraphs (§.) wie sie sagten, und die Zahl der Collation. Z. E.

Authent. plurimas, §. nullam vero, Collat. 9.

Heutzutag setzt man das Wort Novelle abgekürzt: *Nov.* darauf die Zahl der Novelle, das Wort *Cap.* und die Zahl des Capitels. Z. E.

Nov. 118. Cap. 4.

(1) *Aem. Lud. Hombergk* de collectione Novellarum a Iustiniano facta, schediasma; in *Zepernick.* delect. scriptor. Novell. Iustin. illustrant. p. 295. seqq.
(2) *Hoffmann*, hist. jur. Vol. I. pag. 609. 624.
(3) Synopsis Basil. Lib. 23. Tit. 3. Cap. 73. p. 251.
(4) *Ferd. Aug. Hommel* de textu Novellarum originario, coniecturae, in *Zepernick.* delect. pag. 267. seqq.
(5) *Aem. Lud. Hombergk* de novellarum constitutionum Imperatoris Iustiniani lingua originaria, et vulgatae versionis aetate, auctore et usu in foro diatribe, in *Zepernick.* delect. p. 177. seqq.
(6) Das Leben dieses merkwürdigen Gelehrten beschreibt Zepernick in seinen Zusätzen zu Becks tract. de Nov. Leon. S. 338.
(7) *Zepernick* ad *Beck* p. 346.
(8) *Zepernick* ad *Beck* p. 339.
(9) *Mauritius* de libris iur. commun. §. 16. in opusc. pag. 83. *Lauterbach* coll. th. pr. prolegom. §. 6. n. 2. *Hoffmann* hist. iur. Part. 2. Cap. 12. §. 13. p. 283. Strube rechtl. Bedenken 2ter Band, 215te Seite. Für den griechischen Text streitet *Hunnius* de interpret. et auct. iur. Lib. 2. Cap. 5.

§. 13. Von den Authentiken.

In dem Codex findet man hier und da ziemlich häufig Stücke, welche ihm nicht auf Justinians Befehl, sondern erst in den neuern Zeiten einverleibt worden sind. Sie heissen *Authenticae*. Man bemerke von ihnen:

1) Das Wort *Authenticae* hat dreyerley Bedeutungen. (a) Die ältere Juristen nennten die Novellen Authenticas, oder im Neutrum Authentica, orum. Wann sie den Auszug Julians citirten, so setzten sie Novellae; wollten sie aber die ächte Novellen Justinians anführen, so sagten sie authenticae. (* 1) Diese Bedeutung aber ist jetzt nicht mehr üblich. Ferner (b) bedeutet das Wort authenticae Verordnungen der Kayser Friederichs des ersten und des zweyten, die in dem Codex stehen. Diese Kayser publicirten auf ihren Römerzügen in Italien viele Verordnungen. Einige davon schalteten die Juristen damaliger Zeit in den Codex ein. Z. E. Friederich I. gab in einer Verordnung, die sich habita quidem anfängt, den Lehrern und Schülern der Rechtsgelehrsamkeit verschiedene Privilegien. Diese Verordnung ist in den Titel des Codex ne filius pro patre Lib. 4. Tit 13. gesetzt worden. Endlich (c) versteht man unter den Authentiken auch Auszüge aus den Justinianeischen Novellen, welche man unter die Gesetze des Codex gesetzt hat, auf die sie einigen Bezug haben. In den Novellen wird das ius codicis theils bestätigt, theils abgeschafft, theils suppliret. Man hat also Auszüge aus den Novellen gemacht, und sie hie und da in die Titel des Codex eingeschaltet, wohin sie des Inhalts wegen gehörten. Z. E. in der Leg. 29. Cod. de testam. (VI. 23.) hatte Justinian verordnet, daß der Testirer den Namen des Erben mit eigner Hand schreiben sollte. In der Novelle 119. Cap. 3. hebt er dieses Gesetz wieder auf. Man hat daher aus der Novelle einen Auszug gemacht, und ihn unter die Leg. 29. Cod. de testam. gesetzt.

2) Die Authenticae von der einen und der andern Art unterscheiden sich von den übrigen Gesetzen des Codex durch die Cursivschrift, womit sie gedruckt sind, und durch die Ueberschriften. Die Fridericianische Authentiken führen nemlich die Ueberschrift: *Nova Constitutio Friderici*, und über den Justinianeischen ist die Novelle allegirt, aus der sie genommen sind.

3) Der Name Authenticae hat vermuthlich folgenden Ursprung. Im 12ten Jahrhundert wurden kurze Anmerkungen über das corpus iuris geschrieben, die man *Glossas*, so wie ihre Verfasser *Glossatores* nannte. (§. 17.) Unter diesen Glossen standen auch die vorhingedachte Verordnungen der beyden Kayser Friederich und die Novellenauszüge. Sie wurden daher ebenfalls als Glossen angesehen. Weil sie aber doch vom Gesetzgeber herkamen, also gesetzliches Ansehen hatten, auch grösstentheils aus den Novellen genommen waren, welche, wie gesagt, bey den Alten Authenticae hiessen, so nennte man

sie

sie zur Unterscheidung von den übrigen Glossen: *Authenticas*, nemlich glossas, Glossen von gesetzlicher Auctorität, vom griechischen αὐθέντης dominus αὐθεντία auctoritas.

4) Wer hat aber die Authentiken in das corpus iuris gesetzt? Von den Friedericianischen ist es ausgemacht, daß sie die Glossatoren dem Codex einverleibt haben. Aber über die Frage, wer der Verfasser der Justinianeischen Authentiken sey, ist ein hitziger Streit geführt worden. Die Hauptstreiter waren Cornelius van Bynkershoek und Alexander Arnold Pagenstecher, und die ganze Geschichte des Streites findet man in den Hallischen Beyträgen zur juristischen gelehrten Historie. (*2) Mat hat dreyerley Meynungen. Die alte Juristen und einige neuere behaupten, Irnerius (§. 17.) habe alle Authentiken gemacht. Pagenstecher hingegen in seiner Abhandlung: Irnerius iniuria vapulans behauptet, die Authentiken seyen bald nach Justinians Zeiten verfertiget worden, Irnerius habe keinen Antheil daran, und leide also wegen der darinn vorkommenden Irthümer unschuldig Streiche. Eine dritte Parthey geht den Mittelweg, und nimmt an, daß Irnerius der Verfasser einiger Authentiken sey, daß aber manche schon vor ihm, manche von andern Juristen seines Zeitalters verfertiget worden. Diese Meynung haben Bynkershoek, Scherz und Silberrad (*3) mit solchen Gründen unterstützt, daß sie seitdem fast allgemeinen Beyfall erhalten hat (*4).

5) Die Authentiken sind zwar Auszüge aus den Novellen, aber nicht immer getreue. Zuweilen enthalten sie den wahren Sinn der Novellen nicht. Der Verfasser der Authentiken hat die Novelle zuweilen nicht aufmerksam gelesen, nicht recht verstanden, oder vielleicht vorsetzlich ihre Vorschrift geändert. Unser Autor führt in den Noten verschiedene Exempel davon an. Die Novelle 134. C. ult. verordnet, daß das Vermögen eines zum Tode verurtheilten Missethäters auf die Descendenten, und nach ihnen auf die Ascendenten bis zum dritten Grade fallen soll. Die Seitenverwandte sind ausgeschlossen. Wann also mein Bruder zum Tode verurtheilt wird, so erbe ich nicht. Die aus dieser Novelle gezogene Authentike bona damnatorum Cod. de bonis proscriptorum (IX 49.) aber giebt den Descendenten, allen Ascendenten und den Seitenverwandten bis zum dritten Grade ein Erbrecht.

6) Wenn man die Authentiken allegiren will, so setzt man (a) das Wort authentica abgekürzt; (b) die Anfangsworte der Authentike; (c) den Buchstab C. oder Cod. das heist Codicis; (d) die Ueberschrift des Titels im Codex, wo die Authentike steht. Z. E.

Auth. bona damnatorum C. de bonis proscriptor.

Hier ist die Authentike in dem Titel des Codex de bonis proscriptorum (Lib. 9. Tit. 49.) welche sich mit den Worten bona damnatorum anfängt, gemeynt.

meynt. Wer ein solches Allegat nachschlagen will, muß den angeführten Titel des Codex aufsuchen, und alsdann die Anfangsworte der darin enthaltenen Authentiken durchlaufen, bis er die allegirte findet.

Zur Wiederholung und Uebersicht des bishergesagten will ich noch eine chronologische Tabelle hersetzen: (*5)

Im Jahr 527 den 1ten April kam Justinian zur Regierung.
— — 528 den 13ten Februar gab er Befehl zur Verfertigung des ersten Codex.
— — 529 den 13ten April ließ er diesen Codex bekannt machen.
— — 530 den 15ten Dec. befahl er die Pandecten zu schreiben.
— — 531 } wurden die Pandecten gesammelt, und da sie fertig wa-
— — 532 } ren, die Institutionen geschrieben.
— — 533 }
— — — am 21ten November wurden die Institutionen publicirt.
— — — am 16ten December wurden die Pandecten bekannt gemacht.
— — — am 30sten December erhielten Institutionen und Pandecten gesetzliches Ansehen.
— — 534 den 16ten November wurde der Codex repetitae praelectionis bekannt gemacht.
— — 535 und den folgenden bis 559 wurden die Novellen publicirt.

(1) *Scip. Gentil.* de secund. nupt. Cap. 13. p. m. 85. *Alciat.* parerg. II. 46.
(2) 2ter Band, 335. u. ff. Seite.
(3) *Bynkershoek* diatriba de auctore auctoribusve authenticarum, in opusc. Halens. T. 1. p. 141. sqq. *Scherz* diss. de authenticarum auctoribus et auctoritate in *Zepernick* biga libellor. authenticas illustrantium pag. 13. sqq. *Silberrad* ad Heinecc. Lib. 1. §. 419.
(4) Neuerlich hat indessen *Maur. Sarti* in Irnerio bey *Zepernick.* l. c. pag. 129. sq. die erste Meynung wieder in Schutz genommen, und viel dafür gesagt.
(5) Eine ähnliche Tabelle giebt *Contius* lect. cap. 8. in Opp. pag. 30.

§. 14. Anhänge des Römischen Gesetzbuches.

Mit den Novellen schließt sich das corpus iuris romani. Man hat aber in neuern Zeiten noch Anhänge dazu gemacht, die in gegenwärtigem §. beschrieben werden. Der erste Anhang bestehet aus den 13 Edicten Justinians. Justinian hat sie, wie die Novellen, erst nach Verfertigung seiner übrigen Gesetzbücher machen lassen. Sie sind entweder keine allgemeine Gesetze, sondern betreffen blos gewisse Provinzen und Städte, oder entscheiden einen damaligen Religionsstreit. Die Ursprache ist griechisch, Agyläus hat sie ins Lateinische übersetzt. Auf sie folgen noch 2) einige Verordnungen Justinians, Justins II. und Tiberius II. von geringer Erheblichkeit; und 3) die Leonische Novellen.

Leo,

Leo, mit dem Beynamen der Philosoph, regierte im Orient vom Jahr 886. bis 911. Er hat viele Verordnungen gegeben; worin manches dem Justinianeischen Recht zuwider verordnet worden ist. Leo erklärt z. E. das Testament eines Verschwenders für gültig, wenn es vernünftig ist; da es nach dem Justinianeischen Recht nicht gilt. Er giebt den Castraten und Weibspersonen die Erlaubniß zu adoptiren, die sie nach Justinianeischem Recht nicht haben. Nach diesem Recht muß eine Schenkung, die sich über 500 Soliden oder 2000 fl. beläuft, gerichtlich angezeigt werden; dieß hat Leo aufgehoben. 113 dieser Verordnungen hat Scrimger zu Paris im J. 1558. in Fol. herausgegeben, nachher sind sie dem corpori iuris angehängt worden. Ihre Originalsprache ist griechisch, die lateinische Uebersetzung hat Agyläus gemacht (*1).

Der vierte Anhang besteht aus einer Verordnung des Kayfers Zeno und den sogenannten constitutionibus Imperatoriis, oder Verordnungen des Kayfers Heraclius, Nicephorus, Constantinus Porphyrogennetus und anderer. Der fünfte ist ungleich wichtiger als alle vorhergehende, er enthält das Longobardische Lehnrecht. Man bemerke davon: 1) wenn ich jemanden eine Sache, z. E. ein Landgut in Gebrauch gebe, mit dem Beding, daß er mir treu seyn, mein Bestes befördern und meinen Schaden abwenden soll: so sagt man: er habe ein Lehen, Feudum erhalten; er heist Vasall, ich Lehensherr. In den vorigen Jahrhunderten waren diese Lehen sehr häufig; man gab den Soldaten statt des Soldes, und den Civilbedienten statt der Besoldung Lehngüter. 2) Unter andern hatten auch die Longobarden, ein Volk von deutscher Herkunft, das sich im 6ten Jahrhundert in Italien niederließ, die Lehengüter eingeführt. Entstand über solche Güter zwischen Herren und Vasallen, oder unter den Vasallen selbst Streit, so ward er nach Gebräuchen und Gewohnheiten entschieden. 3) Zwischen den Jahren 1158. und 1168. sammelte ein Schriftsteller, dessen Name völlig unbekannt ist, diese Longobardische Lehnsgewohnheiten. Er brauchte dabey hauptsächlich die ältere Schriften zweyer Mayländischen Consuln, des Gerardus Niger und Obertus ab Orto, und ein Rechtslehrer zu Bologna, Hugolinus a Presbyteris hing das Werk unter Kayser Friedrichs des zweyten Regierung dem corpori iuris an. Es führt den Titel: libri Feudorum, und ist in den ältern Ausgaben des corp. iuris in zwey Bücher, die Bücher in Titel abgetheilt. Ein Rechtsgelehrter aus Verona, Jacobus de Ardizone im 3 Jahrhundert fügte noch eine neue Sammlung von Lehnsgewohnheiten, Urtheilssprüchen und Verordnungen bey, die man capitula extraordinaria nennt. Sie fangen mit dem 59sten Titel des zweyten Buchs an. Allegirt werden diese Lehngesetze folgendergestalt:

I. Feud. 7.
II. Feud. 10.

Dieses spricht man gewöhnlich aus: primo Feudorum sieben, secundo Feudorum zehen, und versteht darunter den siebenden Titel des ersten Buches, den zehenden Titel des zweyten Buches.

(1) Die beste Nachricht von den Leonischen Novellen giebt Caspar Achat. Beck in seinem Tractat de Novellis Leonis. Herr Assessor Zepernik hat diese Schrift mit vortrefflichen Anmerkungen und Abhandlungen zu Halle 1779. herausgegeben, und ich muß sie in dieser Gestalt jedem empfehlen, der gründliche Gelehrsamkeit schätzt.

§. 15. Welche Stücke des Römischen Rechtsbuchs haben gesetzliches Ansehen?

Nachdem wir alle Theile des corporis iuris kennen gelernt haben, so sind zwey Fragen zu beantworten: 1) Welche von den bisher beschriebenen Stücken des corp. iuris haben gesetzliches Ansehen? 2) Wann sich die Gesetze im corpore iuris widersprechen, welches geht dem andern vor?

Was die erste betrift, so ist die allgemeine Antwort: nur das Justinianeische Recht ist in Deutschland angenommen, und zwar nur die Theile desselben, die mit Glossen versehen sind. Justinian war kein Oberherr und Gesetzgeber der Deutschen. Sein Gesetzbuch gilt blos darum, weil es unsere Nation freywillig angenommen hat. Schon im 13ten, 14ten und 15ten Jahrhundert schlich es sich nach und nach in Deutschland ein. Am Ende des 15ten Jahrhunderts wurde ihm seine gesetzliche Autorität durch ein öffentliches Reichsgesetz, die Cammergerichtsordnung vom Jahr 1495. bestätiget. Weil aber das Ansehen der Glossatoren in den damaligen Zeiten so groß war, daß man sie beynahe wie Gesetzgeber ehrte, so wurde nichts vom Römischen Recht in Deutschland aufgenommen, als was mit Glossen versehen war. (* 1)

Daraus folgt dann, 1) daß die Fragmente des Codex Gregorianus und Hermogenianus, deßgleichen der Theodosianische Codex in unsern Gerichten kein gesetzliches Ansehen haben. Denn sie sind kein Justinianeisches Recht, und Justinian hat auch diese Sammlungen, als er seinen ersten Codex publicirte, ganz abgeschafft. Er verordnete, daß es als ein falsum, als ein öffentlicher Betrug angesehen werden sollte, wenn man sie im Gericht noch als Gesetzbücher allegiren würde. Indessen haben doch diese Bücher ihren grossen Nutzen in der juristischen Auslegungskunst; denn man kann oft daraus das alte Römische Recht lernen, das in dem Justinianeischen Codex nicht steht, und das gleichwohl zur bessern Einsicht in das neue sehr nöthig ist. Ein merkwürdiges Exempel davon wird unten (§. 518.) vorkommen. Ferner stehen in dem Gregorianischen, Hermogenianischen und Theodosianischen Codex die Verordnungen weit vollständiger und ächter, als in unserm Justinianeischen, wo sie abge-

abgekürzt und verändert sind. (§. 5. not. 4.) Sie sind also in jenen Büchern leichter und richtiger zu erklären, als in diesem (* 2).

2) Die Authentiken gelten nicht ohne Unterschied, sondern man muß distinguiren: entweder ist die Rede von den Friedericianischen Authentiken, oder von den Justinianeischen; die erstere haben gesetzliches Ansehen. Die letztere stimmen entweder mit ihrer Quelle, der Novelle überein, oder nicht.

In dem letzten Falle ziehen verschiedene Juristen die Authentike vor, weil sie doch neuer, als die Novelle, und mit dem ganzen corp. iuris recipirt worden sey. (* 3) Die meiste aber behaupten, daß die Novelle vorgehe, wann nicht erwiesen werden könne, daß eine Authentike der Novelle zuwider in der Praxis angenommen sey. (* 4) Und dieß ist auch die richtigste Meynung; denn es ist nicht zu vermuthen, daß Kayser und Reich einen Irrthum oder vorsetzliche Verfälschung bey der Aufnahme des Römischen Reichs haben billigen und annehmen wollen, oder wenigstens jetzt billigen werden.

3) Die Novellen des Kaysers Leo gelten nach der richtigen Meynung nicht in den Gerichten; dann sie sind kein Justinianeisches Recht, und man hatte sie zu der Zeit, als dieses aufgenommen wurde, noch nicht. Daß manches in Deutschland beobachtet wird, was in den Leonischen Novellen steht, kann nicht geleugnet werden. Aber es gilt nicht, weil es Leo so verordnet hat, sondern, weil es dem canonischen, oder deutschen, oder Naturrecht gemäß ist. (* 5)

4) Die 13 Edicte Justinians, die einzelne Verordnungen von ihm, von Justinus minor, Tiberius II. Zeno und andern Kaysern, kurz, alles, was von Verordnungen noch auf Justinians Novellen folgt, ist in den Gerichten nicht angenommen. Dann es war zur Zeit der Aufnahme noch nicht im corp. iuris, und hat keine Glossen. Auch die Verordnungen im Codex gelten nicht, die zur Zeit der Reception noch nicht im corp. iuris waren, sondern erst nachher von Cujacius, Contius und andern aufgefunden und eingeschaltet worden sind. (§. 10.) Wenigstens ist dieses die gemeine und recipirte Meynung. (* 6)

Hingegen haben gesetzliches Ansehen 1) die Institutionen und 2) die Pandecten. Nur muß man den obenbemerkten Unterschied unter Text und Compendien nicht vergessen. Der Text der Institutionen und Pandecten hat gesetzliche Kraft, nicht die Compendien. (§. 6. 8.)

3) Der Codex repetitae praelectionis, so wie er zur Zeit seiner Aufnahme in Deutschland war.

4) Die Novellen; doch muß man hier einen Unterschied machen: die Novellen sind entweder mit Glossen versehen oder nicht. Der glossirten sind 118. (* 7) Die Ursache, warum einige Novellen keine Glossen haben, ist bey manchen leicht zu begreiffen, bey andern nicht. Nemlich einige waren zur Zeit der Glossatoren noch nicht aufgefunden, z. E. 166. 167. 168. andere

passen nur auf die Römische Staatsverfassung, z. E. Nov. 13. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. ꝛc. Die Glossatoren hielten es also nicht für der Mühe werth, sie zu erklären. Aber einigen Novellen fehlen auch die Glossen, ohne daß irgend jemand die Ursache einsehen kann, z. E. der 121. 155. 160. 162. Dieses vorausgesetzt, bemerke man: die glossirten Novellen gelten, jedoch nur in so weit, als sie auf die heutige Verfassung anwendbar sind, z. E. also die 10. 41. 116. gelten nicht. Die nicht glossirten haben keine gesetzliche Gültigkeit, weil man die Regel hat: quidquid non recipit glossa, id non recipit forum; und diese gründet sich darauf, daß das, was keine Glosse hat, zur Zeit, als das corpus iuris recipirt wurde, darin nicht befindlich gewesen sey. Der unten angeführte Menken (* 8) hält zwar diese Meynung für unvernünftig, und glaubt, man sollte die nicht glossirte Novellen so gut, als die glossirte gelten lassen; ausser, wann sie unächt, und nicht von Justinian, oder nicht passend auf die deutsche Verfassung sind. Aber Zepernik (* 9) hat doch verschiedenes zur Vertheidigung der gemeinen Meynung beygebracht, das nicht zu verwerfen ist.

5) Gelten die Fridericianische Authentiken. Sie sind zwar nur für Italien, und ohne Consens der deutschen Reichsstände gegeben; haben also an sich keine gesetzliche Autorität; sie sind aber mit dem corpore iuris in Deutschland an- und aufgenommen worden. (* 10)

Endlich 6) haben auch die Longobardische Lehnrechtsbücher gesetzliche Gültigkeit. Doch ist dieses nur von den sogenannten capitulis ordinariis zu verstehen, nicht von den extraordinariis. Diese haben der Regel nach kein gesetzliches Ansehen. Wer ein capitulum extraordinarium für sich anführt, der muß beweisen, daß es besonders in den Gerichten angenommen sey. Dieß ist wenigstens die richtigere (* 11) Meynung, wiewohl Cujacius (* 12) und Finkelthaus (* 13) das Gegentheil behaupten.

(1) Eine merkwürdige Stelle von dem grossen Ansehen der Glosse s. in *Heineccii* hist. iurr. lib. 1. §. 417. *.

(2) *Püttmann* probabil. lib. 1. cap. 7. p. 56.

(3) Dieser Meynung sind *Strauch* de Irnerio non errante cap. 2. thes. 7. *Besold* diss. de libr. iurr. cap. 4. *Berlich* P. 2. dec. 257. n. 44. *Leyser* spec. 5. med. 5. coroll. 1. Tom. I. pag. 48. *Cramer* obs. iur. univ. T. 4. obs. 1043. p. 96. *Stryk* ad *Lauterbach*. prolegom. verb. *conveniunt*.

(4) Dieß behaupten *Lauterbach* in coll. theor. pract. prolegom. §. 5. ibique allegati. *Mauritius* de libr. iur. comm. opusc. p. 81. *Bach* histor. iurispr. p. 606. *Brunnquell* hist. iur. p. 270. *Silberrad* ad *Heineccium* §. 419. not. 8. *Müller* ad *Leyser*. Obs. 7.

(5) *Seger* diss. de novellis Leonis und vorzüglich *Zepernik* am a. O. S. 403. haben dieß sehr gründlich ausgeführt.

(6) *Lauterbach* coll. theor. pr. prolegom. §. 5. *Richter* decis. P. 1. dec. 37. n. 48. *Zepernik* p. 527.

(7) Ein Verzeichniß derselben findet man in der alten Ausgabe von *Hoffmanns* hist. iur. pag. 327. in *Pagenstecher*. ficiliment. ad compend. *Lauterbach*. manip. 4. p. 17. und bey andern.
(8) Gothofr. Ludov. *Menken* diss. de novellarum glossatarum et non glossatarum auctoritate iuris. Lipsi. 1707.
(9) Am a. O. S. 525.
(10) *Silberrad* ad *Heinecc.* lib. 1. §. 419. pag. 611.
(11) *Hunnius* de interpr. et auctor. iur. L. 2. C. 8. Quaest. 2. *Struv*. Synt. iur. feud. C. 1. §. 7. n. 10. *Silberrad* l. c. lib. 1. §. 420. not. δ. p. 624. *Reinharth* ad *Christ*. vol. 1. obs. 61. *Möller* distinct. feudal. C. 1. dist. 3. p. 23. edit. noviss.
(12) Ad II. feud. 73.
(13) Disp. feud. 1. controv. 16.

§. 16. Was ist Rechtens, wann sich die Theile des Römischen Gesetzbuches widersprechen?

Die zweyte Frage war: wann sich die Verordnungen des corporis iuris widersprechen, welche hat den Vorzug? Die allgemeine Regel ist: das neuere Gesetz wird dem ältern vorgezogen, lex posterior derogat priori. Daraus folgt, 1) daß die Novellen, als die allerneuesten Gesetze, allen übrigen Verordnungen und Büchern vorgehen; sie gehen dem Codex, den Pandecten und Institutionen vor. Man sehe die chronologische Tabelle bey dem 13. Paragraph. 2) Der Codex derogirt den Institutionen und Pandecten; dann er ist jünger als diese, wie die eben angeführte Tabelle zeigt. (* 1) Uebrigens sind doch nicht alle Juristen dieser Meynung; verschiedene (* 2) leugnen, daß der Codex den Pandecten derogire. Allein ihre Argumente sind nicht überzeugend, auch ist der Streit grösstentheils Wortstreit. (* 3) Soviel ist übrigens gewiß, daß die Fälle selten sind, wo das Recht der Pandecten im Codex abgeschafft ist, und daß man, wo es nur immer möglich ist, lieber die Gesetze des Codex mit den Pandecten zu vereinigen suchen, als eine Antinomie annehmen muß (in dubio inter pandectas & codicem non est statuenda contradictio.)

3) Wie steht es aber, wann die Institutionen und Pandecten streiten? Die Pandecten sind eher geschrieben, die Institutionen eher publicirt, aber beyde haben auf denselben Tag gesetzliches Ansehen erhalten. Die Juristen sind daher sehr verschiedener Meynung (* 4). Einige geben den Pandecten, andere den Institutionen den Vorzug. Unser Autor behauptet aber ganz recht, daß man zwey verschiedene Fälle unterscheiden müsse. Der erste Fall ist: die Institutionen sind aus den Pandecten ausgeschrieben, und der Verfasser hat sich bey dem Excerpiren geirrt, den Sinn der Pandecten nicht richtig in die Institutionen übergetragen. In diesem Fall gehen die Pandecten vor; dann das Original muß doch billig dem Excerpt vorgezogen werden, und wollte man die Institutionen vorziehen, so würde man einen Irrthum begünstigen. Unser

Autor giebt einige Exempel. Nach der L. 7. §. 7. de adquirendo rerum dominio ist das Dreschen des Getraides keine Specification. (Man sehe unten §. 321.) Der §. 25. Inst. de rerum divis. ist ein Auszug aus jenem Gesetz. Weil aber die Verfasser der Institutionen die Schlußworte des Gesetzes nicht gelesen haben, so rechnen sie das Dreschen irrig zur Specification. Hier werden billig die Pandecten vorgezogen. Der zweyte Fall aber ist: Justinian hat in den Institutionen vorsetzlich eine Verordnung der Pandecten abgeändert: Wann das erhellet, so muß man die Institutionen vorziehen. Man würde sonst gegen den Willen des Gesetzgebers handeln. Z. E. vermöge der L. 23. §. 3. D. de rei vind. gehört, wann ich auf eines andern Tafel etwas male, das Gemälde dem Herrn der Tafel. Im §. 34. Inst. de rer. div. aber hat Justinian dieses aufgehoben, und mir, dem Maler, das Gemälde zugesprochen. Die Institutionen also haben den Vorzug (*5).

(1) *Hubert Giphan.* explanat. difficilior. LL. Cod. praefat. special. pag. 6. sqq. *Hunnius* de auctoritate et interpretatione iuris, Lib. 2. Cap. 2. Qu. 1. *Galvanus* de usufructu Cap. 31. *Franzkius* Comment. ad Pand. Prooem. n. 14. seqq. *Struv.* Exercit. 1. thes. 69.

(2) *Mauritius* de libris iuris communis thes. 14. in opusc. p. 79. *Lauterbach* Conclus. forens. Exerc. 1. thes. 13. *Alex. Arn. Pagenstecher* benedict. collat. 6. pag. 74. sqq.

(3) Wenn Stellen in den Pandecten einander widersprechen, so läßt sich die Regel: lex posterior etc. nicht anwenden, daß man nehmlich behaupten müßte, diese Stelle ist von einem neuern Juristen als jene, also geht diese jener vor. Kann man zeigen, daß der ältere Jurist von einem Recht redet, welches zu seiner Zeit noch galt, und daß dieses Recht zu der Zeit, als der neuere schrieb, abgeschafft war, so versteht sichs, daß man dem folgt, was der neuere sagt. *Eckhard* hermenevt. iur. lib. 1. cap. 1. §. 42. et 43. Eben so wenig läßt sich jene Regel im Codex anwenden, man müßte denn auch hier zeigen können, daß die ältere Verordnung offenbar durch die jüngere aufgehoben sey. *Pufendorf* Tom. 4. Obs. 13.

(4) Man sehe *Eyben* in observ. ad Instit. Prooem. obs. 3. in oper. p. 79.

(5) *Müller* ad *Struv.* Exerc. 1. thes. 69. lit. ε) *Silberrad* ad *Heinecc.* §. 399. lit. α. p. 547. *Pagenstecher* l. c. *Müller* ad *Leyser.* obs. 9.

§. 17. Wie gilt das Römische Recht in Deutschland?

Das Römische Recht ist in unserm Vaterland angenommen und eingeführt. (*1) Die Frage ist nur: **wie ist es angenommen?** Man bemerke zwey Sätze: das Römische Recht ist zwar im Ganzen (*in complexu*) angenommen, aber doch nur als ein Hülfsrecht (*in subsidium.*) 1) Es ist *in complexu* eingeführt, das heist: nicht etwa einige einzelne Bücher oder Gesetze des corp. iuris sind angenommen, sondern es ist ganz eingeführt; dergestalt, daß, wenn jemand ein Gesetz daraus anführt, er, wie die Praktiker sagen, fundatam

datam intentionem hat, das ist: die Präsumtion streitet für ihn, daß dieses Gesetz in den Gerichten gelte, und zwar so lange, bis sein Gegner das Gegentheil beweist; bis dieser nemlich zeigt, entweder daß dieses Gesetz auf die heutige Verfassung nicht passe, oder daß ein contráres deutsches Gesetz über diesen Fall vorhanden sey. Dann das Römische Recht ist 2) nur als ein Hülfsrecht eingeführt, nur in den Fällen, wo wir keine deutsche Gesetze oder Gewohnheiten haben. Ist also in einem gegebenen Falle ein Stadtrecht, oder Stadtbrauch, ein Landrecht, oder ein Landesbrauch, ein allgemeines deutsches Reichsgesetz, oder eine allgemeine deutsche Gewohnheit vorhanden, so muß das Römische Recht nachstehen (*2).

So werden wir z. E. unten sehen, daß in Deutschland alle Vormünder von der Obrigkeit bestättigt werden müssen; (§. 180.) daß die Minderjährigen auch wider ihren Willen einen Curator bekommen; (§. 230.) daß in Sachsen alle Weibspersonen lebenslang unter einer Curatel stehen; (§. 247.) daß in Deutschland die Erbverträge gelten; (§. 437.) daß aus jedem nach dem Naturrecht gültigen Vertrage, der Regel nach, geklagt werden kann. (§. 747.) ꝛc. ꝛc. Welches alles bey den Römern sich anders verhielt.

Als eine Zugabe zu diesem Abschnitte will ich noch etwas von den Basiliken, von der Glosse, von den besten Ausgaben des *corporis iuris*, und von den juristischen Abkürzungen beybringen.

1) *Basilica.* Nach Justinians Regierung fing sich der Gebrauch der lateinischen Sprache im Römisch-orientalischen Kayserthum an, immer mehr zu verlieren, und diese Sprache wurde von der griechischen verdrungen. Manche Gesetze des Justinianeischen Gesetzbuchs kamen in Abgang, manche wurden ausdrücklich abgeschafft, viele neue Constitutionen wurden gegeben. Kayser Basilius Macedo, der im neunten Jahrhundert zu Constantinopel regierte, veranstaltete daher ein neues Gesetzbuch in griechischer Sprache. Ob es unter seiner Regierung vollendet worden ist, weiß man nicht. Sein Sohn Leo ließ an der Arbeit fortfahren, sie entweder vollenden, oder wenigstens nochmals übersehen, und publicirte das Werk. Der Nachfolger Constantin Porphyrogennetus ließ um das Jahr 912. eine neue Ausgabe machen. Dieses Werk nun heist Basilica, oder libri Basilicorum. Es ist eine Sammlung aus damals vorhandenen griechischen Uebersetzungen der Institutionen, Pandecten und Codex, aus den Novellen Justinians, seinen Edicten, den Constitutionen der griechischen Kayser, den Schriften der griechischen Juristen ꝛc. Man hat aus diesen Büchern und Gesetzen alles, was von einer und derselben Materie handelt, ausgezogen, unter gewisse Titel gebracht, und diese Titel in beliebiger Ordnung zusammengefügt. Gesetze, welche indessen abgekommen, oder abgeschafft worden waren, ließ man weg, oder änderte

daran.

daran. Das ganze Werk bestand aus 6 Theilen und 60 Büchern. Es hat sich grösstentheils bis auf unsere Zeiten erhalten. Ein französischer Jurist, Fabrot, hat zu Paris 1647. in Fol. 34 Bücher vollständig, und noch 5 unvollständig herausgegeben; statt der fehlenden 21. aber eine Art von Supplement, eine Compilation aus andern griechischen juristischen Schriften geliefert (*3).

2) Glosse. Im zwölften Jahrhundert lebte in Bologna ein berühmter Jurist Irnerius, den auch andere Hirnerius, Warnerius, Guarnerius ꝛc. nennen. Er zog das Justinianeische Recht, das lange im Staube gelegen hatte, wieder hervor, und fing an, es sowohl mündlich, als durch schriftliche Anmerkungen (*glossas*) zu erklären. Seine Schüler, und andere auf ihn folgende Rechtsgelehrte, als Bulgarus, Martinus, Placentinus, Pyleus, Azo schrieben ebenfalls solche Glossen, und im Anfang des 13ten Jahrhunderts sammelte Accursius ein Rechtsgelehrter, der auch eine zeitlang das Recht zu Bologna gelehrt hatte, alle diese Anmerkungen, brachte sie in Ordnung, fügte seine eigene bey, und gab das berühmte corpus iuris glossatum heraus (*4).

3) Ausgaben des corporis iuris. Sie sind entweder mit oder ohne Noten; die mit Noten, entweder mit Glossen, oder neueren Anmerkungen. Die glossirten haben entweder die Glossen allein, oder mit neueren Noten vermischt.

Unter den Ausgaben ohne Noten sind die richtigsten und bequemsten die Amsterdamer, in groß 8. von 1664. 1681. 1687. und 1700. Man schätzt die von 1664. wegen ihren vorzüglich saubern Lettern und schönem Papier. Sie ist an einem Druckfehler kenntlich; über dem fünften Buch der Pandecten nehmlich steht pars secundus. (*5) Die von 1700. aber ist auch sehr sauber, und wie ich aus eigenem Gebrauche weiß, sehr richtig. Warnen muß ich vor der Ausgabe, welche zu Halle im Jahr 1735. mit Heineccius Vorrede herausgekommen ist. Sie ist voll Druckfehler. Glossirte Ausgaben, welche nichts als die alten Glossen haben, sind die ältere, welche vor dem Jahr 1550. herausgekommen sind. In den Ausgaben der folgenden Jahre sind Noten aus den Schriften des Alciat, Budäus und Contius beygefügt. Diese Editionen sind entweder von Dionysius Gothofredus besorgt, oder von andern. Gothofredische sind die von 1589. von 1604. und eine dritte verbesserte und vermehrte von 1612. Alle diese sind zu Lion herausgekommen, und bestehen aus 6 Folianten. Die letzte hält man unter allen glossirten Ausgaben für die beste. Außer diesen Gothofredischen glossirten Editionen aber hat man auch viele andere, unter welchen die besten sind: die Lioner von 1554. fol. mit dem Zeichen des Salamanders; die, welche ebendaselbst

1580.

1580. fol. mit dem Zeichen des Löwen herausgekommen ist, und endlich die, welche Peter Baudoza zu Lion 1593. in 4 Quartbänden heraus gab. Diese ist sehr accurat, aber wegen der sehr kleinen Lettern nur für gute Augen lesbar. Unter den Ausgaben mit den Noten neuerer Rechtsgelehrten ist die Gothofredische die berühmteste. Dionysius Gothofredus hat nehmlich, außer den vorhin angeführten Editionen des corporis iuris glossati, auch noch eine Ausgabe mit seinen eigenen Noten besorgt. Diese kam zum erstenmal zu Lion 1583. in 4. heraus. Gothofred hat sie nachher noch viermal verbessert und vermehrt. Die letzte Verbesserungen finden sich in der Genfer Edition von 1624. (*6) Unter den Ausgaben der folgenden Jahre, die größtentheils sehr fehlerhaft sind, ist die Frankfurter von 1663. in groß 4. mit geschlungenen Händen die beste. Die vom Jahr 1688. mit demselben Zeichen, soll, wie man sagt, schon nicht so fehlerfrey seyn. (*7) Im Jahr 1663. gab ein holländischer Jurist Simon van Leuwen die Gothofredische Edition mit beygefügten neuen Anmerkungen in zwey Folianten heraus. Die Edition ist schön und correct, und wird daher vorzüglich geschätzt. Das, was übrigens van Leuwen von seinem eignen zugethan hat, ist unbedeutend. (*8) Eine neue Auflage, die zu Löwen 1726. gemacht wurde, ist fehlerhaft. Die van Leuwenische Edition ist auch in den Jahren 1705. 1720. und 1740. in Leipzig in groß 4. wieder aufgelegt worden, unter welchen Auflagen Rücker die von 1720. und 1740. vorzüglich rühmt. Wieling (*9) sagt von der vom J. 1720. sie sey omnium quotquot exierunt, emendatissima atque locupletissima.

Editionen mit andern (als Gothofredischen) Anmerkungen sind 1) die Rußardische Lion 1561. fol. und Antwerpen 1567. und ebendas. 1570. in 8. Diese Ausgabe hat Noodt sehr geschätzt. 2) Die Contiusische Lion 1569. fol. und 1571. in 14 Bänden Sedez. 3) Die Charondaische Antwerpen 1575. fol. Reinold setzt sie unter die vorzüglichsten (*10).

Die in dem Römischen Gesetzbuche und in neueren Schriften vorkommende gewöhnlichste Abkürzungen sind folgende:

A. Augustus. A. A. Augusti.
de A. vel A. P. adquirenda, vel amittenda possessione.
A. vel O. H adquirenda vel omittenda hereditate.
de A. R. D adquirendo rerum dominio.
arg. L. argumento legis. Das heist: der Satz steht nicht ausdrücklich im Gesetz, man kann ihn aber doch daraus schließen.
b. f. bona fides.
B. p. sec. tab. Bonorum possessio secundum tabulas.
B. p. contr. tab. Bonorum possessio contra tabulas.
CC. Caesares.
C. Th. Codex Theodosianus.
C. E. V. contrahenda emtione venditione.
D. divus. Z. E. *D. Pius* zuweilen aber

aber auch Dominus, z. E. D. Iustinianus.
DD. Doctores.
Don. m. c. Donatio mortis causa.
h t. hoc titulo.
de H. P. hereditatis petitione.
i. infra.
ICtus. Iurisconsultus.
m. f. mala fides.
de N. O. N. novi operis nunciatione.
N. N. p. non numerata pecunia.
de O. I. origine iuris.
de O. et A. Obligationibus et actionibus.
PP. Patria potestas, auch Praefectus Praetorio.
P. V. Praefectus urbi.
de R. C. rebus creditis.
de R. I. regulis iuris.
de R. N. ritu nuptiarum.
de R. V. rei vindicatione.
de S. P. R. servitutibus praediorum rusticorum.
de S. P. V. servitutibus praediorum urbanorum.
s. supra
SC. Senatus consultum.
t. t. totus titulus.
de V. O. verborum obligationibus.
de V. et R. S. verborum et rerum significatione.
de V. S. verborum significatione.

1) In unsern Zeiten haben einige das Paradoxon aufgestellt, das Römische Recht sey nicht recipirt. Am Ende heist das weiter nichts, als im Mittelalter habe man die deutschen Kayser als Nachfolger der Römischen, und das deutsche Kayserthum als eine Fortsetzung des Römischen angesehen; man habe also geglaubt, daß die Deutschen das Römische Recht mit der Römischen Monarchie geerbt hätten, habe ihm den Eingang in Deutschland, nicht als einem fremden, sondern als einem einheimischen Recht verstattet. Allein wie folgt aus dem allen jener Satz?

(2) Eine der neuesten und besten Schriften von dieser Materie ist Adolph Dietr. Weber's Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des Römischen Rechts. Schwerin 1782. 8. Ich will daraus noch einige Regeln hersetzen, welche, außer den schon vorgetragenen, bey Anwendung des Römischen Rechts zu beobachten sind. 1) Man sehe zu, ob der Satz, wovon die Rede ist, ein wirkliches Gesetz sey. Ich habe schon (§. 6.) angemerkt, daß nicht alle Stellen der Pandecten Gesetze sind. Zuweilen wird auch in den Pandecten eine gewisse Meynung nur angeführt, und nicht gebilligt. Daß die Justinianeische Authentiken, welche nicht mit ihren Quellen, den Novellen harmoniren, kein gesetzliches Ansehen haben, ist ebenfalls oben (§. 14.) bemerkt. 2) Die Verordnungen, welche sich blos auf Römische, in Deutschland ganz unbekannte Sitten und Verfassungen beziehen, leiden bey uns keine Anwendung. Wir wissen z. E. nichts von der Legitimation per oblationem curiae. (§. 143.) Von dem Verbot der Ehe zwischen einem magistratu provinciali, und einer Weibsperson in der Provinz, (§. 126.) von der größten capitis Deminution. 3) Auf solche Gegenstände und Geschäfte, welche den Römern ganz unbekannt waren, und blos deutschen Ursprungs sind, läßt sich das Römische Recht nicht anwenden. Z. E. auf die Einkindschaft, (§. 151.) Abfindung der Kinder (§. 164.). Erbleihen, (§. 903.) Patrimonialgerichtsbarkeit (§. 1236.) ꝛc.

(3) Sieh

(3) Siehe mein Programm de libris Basilicorum. Giss. 1774.
(4) So unwissend die Glossatoren in der griechischen Sprache, Geschichte und den Alterthümern waren, und so viel Ungereimtheiten und Fehler sich eben deswegen in der Glosse finden, so haben sie doch durch Hülfe ihres Genies und eisernen Fleiß in der Erklärung der Gesetze viel geleistet, und wer das corpus iuris verstehen lernen will, kann die Glosse nicht entbehren. S. *Wieling* orat. pro glossatoribus, bey seinen lect. iuris civ. Cujaz sagt (Obs. lib. 1. cap. 11.) er ziehe den Accursius allen lateinischen und griechischen Auslegern vor.
(5) Mehr Fehler dieser Ausgabe bemerkt Rücker, in Siebenkees neuem juristischen Magazin, Seite 194. u. f.
(6) *Io. Christoph Koch* diss. de ordine legum in pand. (Giss. 1784.) p. 3. sqq.
(7) Rücker a. a. O. S. 197.
(8) Von den Fehlern der Gothofredischen Noten siehe *Gebauer* narratio de *Henr. Brencmanno*, pag. 132. sq. pag. 154. sq.
(9) *Wieling* iurisprud. restit. tom. 2. pag. 210.
(10) *Reinoldi* opusc. pag. 715.

LIB. I. TIT. I.

DE IUSTITIA ET IURE.

§. 18. Bedeutungen des Worts ius.

Das Wort ius hat in der Römischen Sprache, so wie das deutsche Wort Recht vielerley Bedeutungen. Es bedeutet 1) zuweilen die Gerichtsstätte, wo der Prätor Recht sprach. Diese Bedeutung hat es in der bekannten Redensart: ambula mecum in ius, folge mir vor das Tribunal des Prätors. 2) Bedeutet es die Rechtsgelehrsamkeit. So sagt man z. E. er studiret ius, ein studiosus iuris. 3) Versteht man darunter ein moralisches Vermögen, eine Befugniß. Z. E. man sagt, jemand habe das Recht zu jagen, das heist das moralische Vermögen, die Befugniß dazu. 4) Bedeutet das Wort ius ein Gesetz. So sagt z. E. Ulpian (*1) senatus ius facere potest, er kann ein Gesetz geben. Endlich heist auch 5) ius so viel, als ein Inbegriff mehrerer Gesetze von einerley Art. Z. E. die Römische Gesetze zusammen machen das ius romanum, die natürliche Gesetze das ius naturae, die canonische das ius canonicum aus u. s. w. In dieser letzten Bedeutung wird das Wort im folgenden Titel genommen werden.

(1) L. 9. D. de leg.

§. 19. Was ist Verbindlichkeit und Gesetz.

Ius bedeutet unter andern ein Gesetz. Was ist also das Gesetz?

1) Jeder, wer die menschliche Handlungen auch nur ganz flüchtig betrachtet, muß bemerken, daß sie sehr verschiedene Wirkung oder Folgen

haben. Einige haben gute Folgen für den Handelnden, andere aber schlimme. Einige machen den Handelnden glücklich, sind ihm vortheilhaft, geben ihm ein wahres, dauerhaftes Vergnügen; andere thun das Gegentheil von diesem allem. Nun hat jeder Mensch den Trieb glückselig zu seyn. Wer also wie ein Vernünftiger, nicht wie ein Thor, nicht im Widerspruch mit sich selbst leben will, muß solche Handlungen thun, welche ihn glücklich machen, diejenige unterlassen, welche das Gegentheil bewirken. Dieses muß, diese Nothwendigkeit zu handeln, heist eine moralische Nothwendigkeit, heist Verbindlichkeit.

2) Enunciirt man die Verbindlichkeit, das ist, man sagt, dieser Mensch ist zu dieser Handlung verbunden, so heist dieser Satz ein Gesetz in allgemeiner Bedeutung.

3) Wenn Jemand mir vorgesetzt ist, das Recht hat, meine Handlungen zu dirigiren, mir vorzuschreiben, was ich thun und lassen soll, so heist er mein Oberherr, *superior*, ich sein Untergebener, *subditus*.

4) Gesetzt, ein solcher Oberherr schreibt nun seinen Untergebnen etwas vor, welches sie thun oder lassen sollen; in diesem Fall ist ein Gesetz in eigentlicher, engerer oder juristischer Bedeutung vorhanden. Verspreche ich hingegen einem etwas, und bin vermöge dieses Versprechens zu einer Handlung verbunden, so heist der Satz, welcher diese Verbindlichkeit ausdrückt, *lex pactitia*.

§. 20. Die Verbindlichkeit ist entweder vollkommen oder unvollkommen.

Die Verbindlichkeiten sind von sehr verschiedener Natur. Ein Mensch hat Verbindlichkeiten, die sich unmittelbar auf das höchste Wesen, andere, die sich auf ihn selbst, noch andere, die sich auf seinen Nebenmenschen beziehen. Die letzten sind von zweyerley Art: Wenn ich meinem Mitmenschen zu etwas verbunden bin, so hat er entweder das Recht, mich mit Gewalt zur Erfüllung meiner Schuldigkeit zu zwingen, oder nicht. In jenem Fall ist eine vollkommene Verbindlichkeit, Zwangspflicht, *obligatio perfecta*, im letzten eine unvollkommene, eine Liebespflicht, *obligatio imperfecta* vorhanden. Z. E. die Verbindlichkeiten, andere nicht zu bestehlen, zu verwunden, zu tödten, seine Verträge zu halten, sind vollkommene; hingegen die Verbindlichkeit, einem Armen Almosen zu geben, einem Verirrten den Weg zu zeigen, ist unvollkommen. Ein Gesetz, welches eine vollkommene Verbindlichkeit ausdrückt, heist daher auch *lex perfecta*, das, welches nur eine unvollkommene enunciirt, *imperfecta*.

§. 21. Was ist eine Befugniß, und wie vielerley?

Das Wort ius bedeutet auch eine Befugniß, ein moralisches Vermögen,

mögen. Nemlich **Vermögen** (*facultas*) ist die Möglichkeit, etwas zu thun. Diese Möglichkeit bezieht sich entweder auf meine Leibes- und Seelenkräfte, oder auf die moralische Gesetze. Wenn mir meine Kräfte erlauben, etwas zu thun, so habe ich physisches Vermögen, (facultatem physicam); verstatten es aber die moralische Gesetze, die Gesetze, welche den freyen Handlungen vorgeschrieben sind, so habe ich ein sittliches oder moralisches Vermögen (facultatem moralem). Z. E. zum Diebstahl, Raub, Todtschlag kann ich physisches Vermögen haben, aber kein moralisches. Hingegen zur Ausübung der hohen Jagd kann ich moralisches Vermögen, Befugniß haben, und das physische Vermögen ist nicht da, weil es an grossem Wilde fehlt.

So wie die Verbindlichkeit und das Gesetz in vollkommene und unvollkommene eingetheilt werden, so ist auch das ius entweder *perfectum* oder *imperfectum*. Perfectum heist das, welches mit der Befugniß den andern zu zwingen verbunden ist, imperfectum, bey welchem diese Befugniß fehlt. So hat jeder Mensch ein ius perfectum gegen andere, daß sie ihn nicht bestehlen, verwunden, tödten, denn er darf sie mit Gewalt davon abhalten. Ein jeder hat ein ius perfectum auf das, was ihm ein anderer durch Verträge versprochen hat, denn er darf ihn dazu zwingen. Hingegen der Arme hat nur ein unvollkommenes Recht auf Almosen, der Verirrte nur ein unvollkommenes Recht, von mir die Anzeige des Weges zu fordern, weil keiner mich dazu zwingen kann.

§. 22. Was die Rechtsgelehrsamkeit ist?

Ius bedeutet weiter die **Jurisprudenz** oder **Rechtswissenschaft**, **Rechtsgelehrsamkeit**. Von dieser werden zwey Erklärungen in diesem Abschnitt gegeben, eine legalische, und eine neue bessere. Die legalische Definition (*[1]) heist: iurisprudentia est rerum divinarum et humanarum notitia, iusti iniustique scientia. Man erklärt diese Definition auf gar verschiedene Art; die richtigste Erklärung ist wohl folgende. Ein Römischer Jurist mußte das *ius feciale*, *pontificium* und *augurale* verstehen, diese sind *iura divina*, *sacra*. Er mußte auch das ius *civile* (*[2]) wissen, welches ein ius *humanum* ist. Daher sagen die Römischen Juristen, die Rechtswissenschaft sey eine Notiz göttlicher und menschlicher Dinge. (*[3]) Ich sage, ein Römischer Jurist mußte das ius feciale, pontificium und augurale verstehen. Die Fecialen waren zwanzig Priester, bestellt, fremden Nationen den Krieg anzukündigen, Friedensschlüsse und Bündnisse feyerlich zu bestätigen, die Gerechtigkeit eines anzufangenden Kriegs, wenigstens zum Schein, zu untersuchen und dgl. Die Pontifices aber waren Aufseher über den Gottesdienst, Superintendenten und Consistorialräthe nach unsrer Art zu reden. Sie machten Verordnungen über geistliche Gegenstände, geistliche Sachen, und geistliche Personen; veran-

stalteten Feyertäge, besorgten das Calenderwesen u. s. w. *Augures* endlich waren Personen, welche aus dem Flug der Vögel und den Luftphänomenen zukünftige Dinge weissagten.

Deutlicher und richtiger definiret man die Jurisprudenz, wenn man sagt: sie sey eine Wissenschaft der Gesetze, verbunden mit der Fertigkeit, sie auf vorkommende Fälle anzuwenden. Zwey Stücke gehören also zu einem vollkommenen Juristen: 1) Wissenschaft der Gesetze, 2) Fertigkeit sie anzuwenden. Jenes heist die Theorie oder der theoretische Theil der Jurisprudenz. In der Anwendung der Gesetze aber besteht die Praxis oder der practische Theil der Rechtswissenschaft.

(1) Legalische Definitionen heißen die, welche in unserm Römischen Gesetzbuche, nemlich im Text der Institutionen oder Pandecten enthalten sind. Die wenigsten sind den Regeln einer guten Definition gemäß. *Mascov.* opusc. p. 419. sq.
(2) Oder wie es *Cic.* pro domo cap. 14. nennt, *legitimum.*
(3) *Ulr. Huber* Evnom. Lib. 1. pag. 19. *Ev. Otto* ad §. 1. I. h. t. *Aug. Fridr. Schott* diss. ad tit. Pand. de iustit. et iure §. 2.

§. 23. Unterschied des Rechtsgelehrten vom Legulejus, Rabulisten und Empiriker.

Ein Jurist soll die Gesetze wissen, er soll sie also nicht blos auswendig hersagen können, sondern ihren Geist, ihren Sinn, ihre Ursachen verstehen. Wer blos die Worte weiß, ohne gründliche Kenntniß der Gesetze, heist *leguleius.* Wer die Gesetze aus Bosheit oder aus Unwissenheit unrichtig anwendet, heist ein Rabulist, und wer sich durch practische Uebungen, als Advocat, Beamter u. s. w. nach und nach einige Kenntniß von den Gesetzen erworben hat, aber keine gründliche Theorie besitzt, wird ein Empiriker genennt.

§. 24. Von der Erklärung der Gesetze.

Wer eine Wissenschaft der Gesetze haben will, muß auch die dunkle Gesetze zu erklären im Stande seyn. Denn so lange mir ein Gesetz dunkel ist, habe ich keine Wissenschaft, keine gründliche Kenntniß desselben. Dieses giebt Gelegenheit, hier die Lehre von der Interpretation der Gesetze abzuhandeln. Sie ist von mancherley Art. 1) Wird sie in die theoretische und practische eingetheilt. Jene geschieht blos zu dem Ende, um allgemeine Wahrheiten herauszubringen, von einem Rechtsgelehrten, welcher die Jurisprudenz mündlich oder schriftlich vorträgt. Diese aber geschieht in Streitfällen, um zu bestimmen, wer von den streitenden Theilen Recht oder Unrecht habe; von Advocaten, Richtern, oder Juristen, welche ein rechtliches Gutachten ertheilen.

2) Die Interpretation ist entweder eine authentische oder doctrinale. Wenn der Landesherr, welcher befugt ist, neue Gesetze zu machen, ein von ihm oder seinen Vorfahren gegebenes Gesetz erklärt, so heist seine Erklärung

eine

eine authentische; jede Interpretation hingegen, welche ein anderer macht, heist eine doctrinale. Zuweilen wird eine solche doctrinale von Richtern, Partheyen, Anwälden, Rechtslehrern, gemachte Erklärung im ganzen Staate oder einzelnen Districten angenommen, daß man sich darnach richtet, und nicht mehr davon abgehet. In diesem Falle heist sie eine **Usualerklärung**, *interpretatio usualis*. Wenn z. E. die Halsgerichtsordnung Carls V. art. 160. sagt: So aber der Diebstahl groß und fünf Gülden oder drüber werth wäre ꝛc. so erklärt der Gerichtsbrauch das Wort Gülden durch Ducaten. Diese Erklärung ist also eine usualis interpretatio.

Man theilt 3) die Erklärung in die grammatische und logische ein. Die grammatische beschäftigt sich blos mit den Worten des Gesetzes. Wenn in dem Gesetz unverständliche Worte vorkommen, so giebt sie deren Bedeutung an; wenn die Worte durch die Abschreiber verdorben worden sind, so verbessert sie solche; setzt das ausgelassene zu, streicht unächte Zusätze weg, ändert das unrichtige ꝛc. Man nennt die Wissenschaft, die sich mit der grammatischen Auslegung der Gesetze beschäftiget, die juristische Critic, und den Theil der Jurisprudenz, der sich mit der Erklärung der Römischen Gesetze abgiebt, Römische Geschichte und Alterthümer, lateinische und griechische Sprache zu diesem Endzweck zu Hülfe nimmt, die elegante Römische Jurisprudenz.

§. 25. Die logische Erklärung ist dreyerley.

Die logische Erklärung bestimmt den Sinn des Gesetzes aus seinem **Beweggrunde**. Man untersucht den Beweggrund des Gesetzes, und daraus bestimmt man dessen Ausdehnung, ob es auf einen gewissen Fall passe oder nicht passe. Wenn man nemlich den Grund des Gesetzes erforscht hat: so findet man zuweilen, 1) daß dieser sich weiter erstreckt als die Worte, daß der Gesetzgeber allgemeiner hätte reden sollen, als er gethan hat. Man dehnt daher das Gesetz aus; behauptet, daß es auf den vorliegenden Fall passe, weil seine Raison darauf passet, obgleich der Fall in den Worten nicht begriffen ist, und dieses ist die **ausdehnende Erklärung**, *interpretatio extensiva*. Z. E. Justinian erlaubt in der 115 Novelle einem Vater seine Kinder zu enterben, wenn sie ihm Realinjurien zugefügt haben. Der Grund ist die grobe Pflichtvergessenheit der Kinder, welche Strafe verdient. Dieser Grund paßt auch auf den Fall, wenn ein Kind seinen Vater vorsetzlich verwundet. Hier ist eine noch grössere Pflichtvergessenheit. Man wendet daher das Gesetz auch auf diesen Fall an; man dehnt es auf diesen Fall aus, obgleich die Worte nicht darauf passen; man erklärt es extensive. Der Grund dieser Auslegung ist die Regel: **Wo die Raison des Gesetzes statt findet, da hat auch dessen Verordnung statt.** (ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio legis.)

Hin-

Hingegen findet sich auch 2) oft, daß die Worte des Gesetzes sich weiter erstrecken als dessen Raison; daß sich der Gesetzgeber zu allgemein ausgedrückt hat, daß also das Gesetz billig eingeschränkt werden muß. Schränkt man es in diesem Falle ein, so sagt man, es sey restrictive erklärt. Z. E. der 125. Art. der Halsgerichtsordnung sagt: die boshaftige Brenner sollen mit dem Feuer vom Leben zum Tod gerichtet werden. Der Grund dieser harten Strafe ist, weil ein solcher Brenner ein ganzes Dorf, eine ganze Stadt in die Gefahr abzubrennen, und so viele Menschen in den Fall setzt, Leben und Vermögen zu verlieren. Dieser Grund fällt weg, wenn jemand ein einsam auf dem Felde stehendes Haus anzündet. Man wendet daher das Gesetz auf diesen nicht an, schränkt es so weit ein, als dessen Raison es erfordert, erklärt es restrictive. Sie gründet sich auf die Regel: **Wo die Raison des Gesetzes wegfällt, da fällt auch das Gesetz weg,** (cessante ratione legis, cessat lex ipsa.)

Endlich findet man zuweilen 3) im Grunde des Gesetzes weder Ursache es einzuschränken, noch es auszudehnen. Man bleibt also gerade bey den Worten stehen. Viele z. E. wollen die Ehegesetze 3. Buch Mos. 18. auf mehr Personen ausdehnen, als dort ausdrücklich genennt sind; andere haben sie auf den unehlichen Beyschlaf einschränken wollen. Beydes geschieht ohne Grund. Man sage also: diese Gesetze gehen auf alle Arten des Beyschlafs, aber nur auf die ausdrücklich benennte Personen; man erkläre diese Gesetze declarative. Die L. 6. §. 4. C. de bonis, quae lib. welche den Kindern eine stillschweigende Hypothec auf das Vermögen des Vaters wegen der Güter von mütterlicher Herkunft giebt, wird von einigen zu sehr, nemlich auf die mütterliche Brautgabe eingeschränkt; von andern zu weit, auf alle *adventitia* nemlich, ausgedehnt, da sie doch declarative hätte erklärt werden sollen. (* 1)

(1) Die juristische Auslegungskunst hat niemand besser abgehandelt, als Christ. Henr. Eckhard in hermenevtica iuris. len. 1750. 8. davon eine neue Ausgabe mit Carl Fridr. Walchs Anmerkungen zu Leipzig im Jahr 1779. 8. herausgekommen ist.

§. 26. Von der Anwendung des Gesetzes.

Die Anwendung des Gesetzes geschieht auf mancherley Art. Man wendet entweder ein Gesetz auf vergangene, oder auf künftige Geschäfte an. Auf künftige geschieht es *cavendo*, wenn man einen, welcher ein rechtliches Geschäft vornehmen, einen Contract, ein Testament errichten will, unterrichtet, wie er es einzurichten habe, daß es gültig, und ihm vortheilhaft sey. Man nennt die Regeln, die bey einem zu schließenden Geschäfte zu beobachten sind, juristische Cautelen, und den Theil der Rechtswissenschaft, der sich damit abgiebt, die Cautelar-Jurisprudenz, *iurisprudentiam hevrematicam*. Wann

z. E.

z. E. die Zeugen zu einem Kranken gerufen werden, der ein Testament errichten will, so ist es eine Cautel, daß sie vor dem Testamentsactus sich mit ihm in ein Gespräch einlassen, um zu hören, ob er noch bey Verstand sey. Wer einen Pachtcontract schließt, thut wohl, wenn er über den Nachlaß des Pachtgeldes wegen Mißwachs und anderer Unglücksfälle ausdrückliche Verabredungen nimmt. Wer einen Verkauf schließt, handelt zuweilen klug, wann er sich das Eigenthum der verkauften Sache bis zu erhaltenem Kaufgelde vorbehält. (* 1)

Wer aber die Gesetze auf eine vergangene Handlung anwendet, der ist entweder 1) ein Richter, welcher einen Streitfall entscheiden soll; oder 2) ein streitender Theil, der sein eigenes oder eines andern Recht im Gericht vertheidigt; oder 3) er ist ein Rechtsgelehrter, den man in zweifelhaften Fällen um Rath fragt. Der erste wendet die Gesetze *iudicando*, der andere *agendo*, der dritte *respondendo* an.

(1) Stryk in seinen drey Werken: cautelae contractuum, cautelae iuramentorum, und cautelae testamentorum und Justus Claproth in seiner iurisprudentia hevrematica (Göttingen 1762. und 1773.) sind in diesem Fache die vorzüglichste Schriftsteller.

§. 27. Was ist die Gerechtigkeit?

Die Gerechtigkeit ist die Uebereinstimmung der Handlungen mit den Zwangsgesetzen. Gerecht heißt also der, dessen Handlungen den Zwangsgesetzen gemäß sind; ungerecht, dessen Handlungen diesen Zwangsgesetzen widersprechen. Ich sage mit den Zwangsgesetzen; wer diesen gemäß handelt, ist nach dem gemeinen Redebrauch nicht ungerecht, ob er gleich die Pflichten gegen Gott, sich selbst und die Liebespflichten gegen seinen Mitmenschen nicht erfüllt. Alle diese Pflichten liegen ganz ausser dem Gebiete der eigentlichen Gerechtigkeit, der *iustitiae forensis*, wie sie einige nennen. Es ist also irrig, wenn man mit Grotius (* 1) die Justiz in expletricem und attributricem eintheilt, und sagt, iustitiam expletricem übe der aus, welcher die Zwangspflichten erfüllt, attributricem, wer die unvollkommene ausübt. (* 2)

Die Justiz wird der Zweck des Rechts genennt, das heist, der Zweck der Rechtsgelehrsamkeit ist die Handhabung der Gerechtigkeit; die Bestimmung des Rechtsgelehrten ist zu wissen, was Recht und Unrecht ist, und seinen Mitbürgern zu ihrem Recht zu verhelfen. Daher nennen sich die Rechtsgelehrte Priester der Gerechtigkeit, Priester der Themis, als der Gerechtigkeit Schutzgöttin; daher kommt es auch ohne Zweifel, daß der erste Titel sowohl in den Institutionen, als den Pandecten de iustitia et iure handelt. Denn man hielt es für nöthig, den Schüler der Rechtsgelehrsamkeit vor allen Dingen von dem allgemeinen Zweck seiner Wissenschaft zu unterrichten.

Die alte Juristen nennten sich übrigens, wie unser Autor glaubt, auch aus

dem Grunde Priester der Gerechtigkeit, weil sich die Stoische Philosophen Priester der Tugend nennten, und die Rechtsgelehrten sich grösstentheils zur Stoischen Secte bekannten. Von Cujacius Zeiten an war es die herrschende Meynung, die alte Römische Rechtsgelehrte wären Stoiker gewesen, in unserm Römischen Gesetzbuche kämen daher viele Spuren von Stoischen Grundsätzen vor. Gravina (*3) und Eckhard (*4) haben die angebliche Stoicismen gesammlet. Aber Paganiuus Gaudentius, Mascov in seinen Noten zu Gravina, Bach und Püttmann (*5) haben diese Meynung mit Recht bestritten. Hier und da möchte wohl ein Satz der Römischen Rechtsgelehrten seinen Grund in der Stoischen Philosophie haben. Aber der Stoicismen sind bey weitem so viele nicht, als man sich vormals eingebildet hat, und von vielen alten Juristen wird es zwar behauptet, aber von wenigen erwiesen, daß sie Stoiker gewesen seyen.

(1) *Hugo Grot.* de jure bell. et pac. lib. 1. cap. 1. §. 8.
(2) *Henr. Cocceii* ad *Grot.* l. c.
(3) *Gravina* de ortu et progressu iuris civil. lib. 1. c. 44.
(4) *Eckhard* hermenevt. iuris, lib. 1. c. 4.
(5) *Gaudentius* de philosophia apud romanos. c. 43. *Gravina* l. c. ex edit. Mascov. p. 45. seqq. Bach in der unpartheyischen Critik über juristische Schriften. 2 Th. 15. u. f. f. Seite. *Püttmann* interpret. et observ. cap. 2. *Idem* probabil. lib. 1. cap. 21. pag. 147. Ganz neuerlich hat auch *Philippus Caulinus* in progymnasm. de veterum Ictorum philosophia ad l. 10. §. 2. de iust. et iur. cap. 3. (Neapol. 1779.) weitläuftig dagegen geschrieben.

§. 28. Fortsetzung.

Weil die Handlungen des Menschen von gedoppelter Art sind, äussere und innere, so giebt es eine zweyfache Gerechtigkeit, die äusserliche und innerliche. Aeusserliche Handlungen nemlich heißen, welche in die Sinne fallen, gesehen, gehört u. s. w. werden; innerliche, die blos in unsrer Seele vorgehen, Gedanken, Empfindungen, Wünsche, Begierden, Vorsätze ꝛc. Wenn meine äusserliche Handlungen den Gesetzen gemäß sind, so bin ich äusserlich gerecht; wenn aber meine innere Handlungen, die Gedanken und Neigungen meiner Seele mit den Gesetzen übereinstimmen, so habe ich innerliche Gerechtigkeit. Man sieht leicht, daß jemand äusserlich gerecht seyn kann, aus Furcht vor der Strafe, dessen innere Gesinnungen nichts weniger als den Gesetzen gemäs sind. Die alten Juristen erklären die Gerechtigkeit, daß sie eine constans ac perpetua voluntas sey, ius suum cuique tribuendi. (*1) Man hat gegen diese legalische Definition mit Grund eingewendet, daß sie unrichtig, und den Juristen unbrauchbar sey (*2). Sie ist keine Definition der Justiz überhaupt, sondern nur einer Gattung derselben, und zwar gerade der-

derjenigen Gattung, die der Zweck des Juristen nicht ist. Wer nemlich den festen und beständigen Willen hat, jedem das seinige zu leisten, der übt nicht blos die äussere, sondern auch die innere Gerechtigkeit aus. Der Zweck des Juristen aber ist allein die Handhabung der äusserlichen Justiz, um die Gesinnungen und Neigungen des Herzens bekümmert er sich nicht, diese überläßt er dem Moralisten und Theologen. Niemand wird wegen eines blosen ungerechten Gedankens, wegen einer unerlaubten Neigung in menschlichen Gerichten bestraft, wenn dieser Gedanke, diese Neigung gar nicht in äusserliche Handlungen ausgebrochen ist. (* 3)

(1) Unter den alten Juristen ist viel gestritten worden, ob man die Justiz definiren soll durch constans et perpetua voluntas, ius suum cuique *tribuendi* oder *tribuens*, s. *Marckart* probabil. recept. lect. Part. 1. p. 25. seqq. *Schroeder* obs. iur. civ. pag. 5. sq.
(2) Man sehe *Gebauer* diss. de iustitia et iure §. 4.
(3) *Sam. Stryk* de iure cogitationum, in s. Tractat de iure sens. cap. 10.

§. 29. Von den drey praeceptis iuris.

Alle Gesetze lassen sich nach der Meynung der alten Juristen auf drey allgemeine Regeln reduciren, die man die drey praecepta iuris nennt. Sie sind 1) *honeste vive*, beobachte die Pflichten gegen Gott, gegen dich, und die Liebespflichten gegen andre; 2) *neminem laede*, entziehe andern nichts von dem, was sie besitzen; 3) *suum cuique tribue*, gieb und thue auch jedem das, was du ihm zu geben oder zu thun vollkommen verbunden bist.

LIB. I. TIT. II.

DE IURE NATURAE, GENTIUM ET CIVILI.

§. 30. Eintheilungen des Rechts nach Römischen Begriffen.

Die Römische Juristen theilen das Recht auf folgende Weise ein. Sie sagen, ius vel *publicum* est vel *privatum*; privatum aut *naturale*, aut *gentium*, aut *civile*. Das civile ist entweder *scriptum* oder *non scriptum*. Ius *publicum* definiren sie, quod ad statum publicum spectat, das die Staatsverfassung betrifft; *privatum*, quod ad singulorum utilitatem, das nur auf den Vortheil der einzelen Bürger abzweckt. *Ius naturae* ist ihnen ein ius, quod natura omnia animalia docuit, sie verstehen darunter die natürliche Triebe, welche der Mensch mit den Thieren gemein hat. Daher sagen sie, die Ehe und Erziehung der Kinder sey im Naturrecht gegründet, weil die vernunftlose Thiere auch ihr Geschlecht fortpflanzen, und ihre Jungen erziehen. (* 1) Ius gentium nennen sie die Gesetze, die nicht etwa bey einer Nation allein, sondern

bey allen gesitteten Völkern gelten. Sie rechnen dahin die Gesetze: ehre die Götter, liebe die Eltern, gegen einen ungerechten Angriff ist Vertheidigung erlaubt. Im Völkerrecht, sagen sie ferner, gründen sich die Sklaverey, die Manumissionen, das Eigenthum, die Verträge, die Staaten (*2). Endlich ius *civile* oder *proprium*, wie es Cajus nennt, (*3) heist das Recht, welches in einem einzelnen Staate gilt, was wir positives, willkührliches Recht nennen. (*4) Was die Eintheilung des Rechts in scriptum und non scriptum sagen will, soll §. 34. erklärt werden.

(1) Justinian sagt, pr. I. h. t. ius naturale sey omnium animalium proprium, quae in coelo, (d. i. der Vögel) quae in terra, quae in mari nascuntur. Die Worte in coelo halten manche Ausleger für ungereimt; andere wollen sie damit vertheidigen, coelum heisse hier, so wie bey andern Schriftstellern die Luft; Allein die Vögel werden doch nicht mehr und nicht weniger in der Luft geheckt, als andere Thiere. S. *Schroeder* obs. iur. civ. pag. 7. seqq. *Arnzenii* miscellan. cap. 15. *Püttmann*. opusc. p. 238.

(2) Viele theilen das ius gentium in *primariam* und *secundarium* ein. Diese Distinction aber, worüber viel geschrieben worden ist, kommt im Römischen Gesetzbuche nicht vor, und dienet zu nichts. S. meine Anmerkungen zu *Heineccii* elem. iur. civ. (Giss. 1775.) pag. 25. sq. Uebrigens legen die Römische Juristen ihrem iuri gentium oft auch den Namen ius naturale bey. Man s. z. E. §. 11. h. t.

(3) L. 9. D. h. t.

(4) Indessen hat das Wort ius civile auch noch andere Bedeutungen. Es bezeichnet nemlich zuweilen auch das Römische Recht. Dann weil man dieses als das vorzüglichste Positivrecht ansah, so nennte man es schlechtweg das bürgerliche Recht, so wie man Rom, als die vornehmste Stadt, schlechtweg die Stadt nannte. §. 2. I. h. t. Sed ius quidem civile ex unaquaque civitate appellatur. Sed quoties non addimus nomen, cuius sit civitatis, nostrum ius significamus, sicuti cum poetam dicimus, nec addimus nomen, subauditur apud graecos egregius Homerus, apud nos Virgilius. Zuweilen aber bedeutet es insonderheit nur dasjenige Römische Recht, welches nicht aus den Edicten der Prätoren (§. 51). entstanden ist. Die Römer distinguiren nemlich sehr oft zwischen ius civile und praetorium. S. z. E. *L. 7. D. de iustit. et iur.* Ius autem civile est, quod ex Legibus, plebiscitis, Senatusconsultis, Decretis Principum, auctoritate Prudentium venit. Ius Praetorium est, quod Praetores introduxerunt. Endlich wird in der engsten Bedeutung nur das Recht, welches aus den Gutachten der Rechtsgelehrten entstanden war, bey den Römern ius civile genennt. (§. 36.) S. auch *Brisson*. de verb. signif. voc. *civilis*.

§. 31. Richtigere Abtheilung.

So die Römische Juristen-Ordnung ist, ist folgende Classification. Dem Wesen der Sache gemässer und vollständiger Wenn man das Recht in seine Gattungen zerlegen will, so kann man (S. die 4. Tabelle) Rücksicht nehmen 1) auf den **Grund und Ursprung** des Rechts, 2) auf dessen **Gegenstand**, 3) auf die ver-

verschiedene Promulgationsart. Sieht man auf den Ursprung und Grund des Rechts, so ist es entweder Natur- oder Positivrecht. Naturrecht heist das, welches aus der Natur der Dinge hergeleitet wird. Man formirt sich einen Begriff vom Menschen, von einem Vertrage, Eigenthum, Kriege, Staat, Volk ꝛc. Aus diesem Begriffe schliest man, was der Mensch für Rechte und Verbindlichkeiten habe, was bey den Verträgen, dem Eigenthum u. s. w. Rechtens sey. Dieses giebt das Naturrecht. Positives oder willkührliches Recht aber ist, was sich auf den Willen eines Gesetzgebers gründet, und in der Natur der Dinge keinen Grund hat. Dahin gehört das Gesetz: daß die Ehe die priesterliche Trauung erfordert, daß sie auf Lebenslang eingegangen werden muß, daß sie nicht mit beyderseitiger Einwilligung aufgehoben werden, daß eine Weibsperson sich nicht gültig verbürgen kann. Dieses alles sind positive, keine natürliche Gesetze.

Das Naturrecht ist entweder in engerem Verstande Naturrecht oder Völkerrecht. Völkerrecht, wenn man sich zwey freye Völker denkt, und aus dem Begriff eines Volks schliest, was eine Nation gegen die andern für Rechte und Verbindlichkeiten habe. Naturrecht in engerer Bedeutung, wenn man den einzelnen Menschen, oder Menschen in Gesellschaften betrachtet und untersucht, was ihnen für natürliche Rechte und Verbindlichkeiten zukommen.

§. 32. Eintheilung des Positivrechts.

Das Positivrecht ist entweder göttlich oder menschlich. Das göttliche gründet sich in dem Willen Gottes, und ist in der Bibel enthalten; das menschliche in dem Gütdünken eines menschlichen Gesetzgebers. Das göttliche wird in das allgemeine und besondere eingetheilt. Besonderes heist das, was den Juden gegeben ist, und nur diese verbindet; allgemeines aber, was alle Menschen verpflichtet. Man rechnet dahin das Gebot: Wer Menschenblut vergießt, dessen Blut soll wieder durch Menschen vergossen werden; du sollst den Sabbath heiligen; die Ehegesetze 3. Buch Mos. 18. und 20. das Gesetz, daß der Mann des Weibes Herr seyn solle u. s. w. Ob es aber ein solches allgemeines willkührliches göttliches Gesetz gebe, ist eine Frage, die in vorigen Zeiten viel Streit veranlaßt hat. Daß die in der Bibel enthaltene Naturgesetze, z. E. du sollst nicht tödten, nicht stehlen, alle Menschen verpflichten, versteht sich von selbst. Daß die Bibel viele Vorschriften enthält, die willkührlich, keine natürliche Gesetze sind, ist ebenfalls ausser Zweifel, z. E. das Gesetz der Beschneidung. Endlich ist auch darüber kein Streit, daß fast alle diese willkührliche Gesetze bloß die Juden angehen. Das ist die Frage, ob nicht einige Gesetze in der Bibel stehen, die auf der einen Seite zwar willkührlich, aber doch auf der andern Seite allgemein verbindlich sind, das heißt,

alle Menschen zu allen Zeiten verpflichten, und ob insonderheit die angeführte, wer Menschenblut vergießt u. s. w. wirklich so allgemein verbindliche Gesetze sind. Unter den heutigen Moralisten und Theologen möchte wohl schwerlich noch einer an ein ius divinum positivum universale glauben. Wer übrigens Lust hätte, die Argumente für und wider, und die Geschichte der vormals so famosen Controvers zu wissen, der dürfte nur Hannesens und Meisters Schriften (* 1) von dieser Materie nachschlagen.

(1) *Jo. Andr. Hannesen* de non existentia legum divinarum positivarum universalium. Goett. 1744. 8. in opusculis pag. 57. seqq. *Christ. Frid. Georg Meister* diss. num ius divinum detur positivum universale. Goett. 1742. in eiusd. Exercit. iurid. var. arg. Fascic. I. pag. 25. seqq.

§. 33. Vom Staats- und Privatrechte.

Dem Gegenstande nach ist das Recht entweder Staats- oder Privatrecht. Das Staatsrecht lehret die Rechte und Verbindlichkeiten, die ein Landesregent als Regent hat. Also nicht alle Rechte und Verbindlichkeiten des Regenten gehören dahin; nicht die, so er als Mensch, oder Bürger hat; sondern nur diejenige, welche ihm als Landesherrn zukommen. Wenn ein Regent z. E. einen Miethcontract, Tausch, Kauf schliest: so ist er verbunden, ihn zu halten, und hat auch das Recht dessen Festhaltung zu verlangen. Aber jene Verbindlichkeit und dieses Recht gehören nicht in das Staatsrecht; denn sie stehen jedem Menschen und jedem Bürger eben sowohl, als dem Regenten zu, wenn sie einen solchen Contract eingehen. Hingegen die Verbindlichkeit, den Bürger bey seinem Eigenthum zu schützen, Gesetze zu geben und zu vollstrecken, das Recht Abgaben zu fordern, vom Unterthan Gehorsam zu verlangen, zu strafen, Krieg zu führen ꝛc. sind Verbindlichkeiten und Rechte, welche der Landesherr als Landesherr hat. Sie sind also ein Gegenstand des Staatsrechtes.

Das Privatrecht enthält die Rechte und Verbindlichkeiten, welche jeder Bürger als Bürger, er sey Regent oder Unterthan, im Staate hat; oder die Rechte und Verbindlichkeiten, die nicht in der bürgerlichen Unterwürfigkeit (subiectione civili) ihren Grund haben. Dergleichen sind die vorhin angeführte Rechte und Verbindlichkeiten, die aus Kauf- Tausch- Miethcontracten, und dergleichen entstehen.

Anmerkung. In den angeführten Gesetzen heist es, das Staats- und Privatrecht machten die beiden *positiones iuris*, das heist, die beyde Gattungen des Rechts aus. Ob dieses übrigens aus der Stoischen Terminologie hergenommen ist, wie unser Autor glaubt, ist eine Frage, die ich weder entscheiden kann, noch mag.

§. 34. Vom geschriebenen, und nicht geschriebenen Rechte.

Die verschiedene Weise, wie ein Recht verbindliche Kraft erhält, giebt

eine dritte Eintheilung des Rechts. Nemlich ein Recht ist entweder ausdrücklich vom Gesetzgeber promulgirt, oder es ist eine Gewohnheit, die vom Gesetzgeber nur stillschweigends oder nur allgemein gebilliget worden ist. Jenes heist ius scriptum, dieses non scriptum, Gewohnheitsrecht. Unten §. 53. wird diese Eintheilung weit vollständiger erklärt werden (*1).

Anmerkung. Die Juristen, auch schon die alte Römische (*2), nehmen also die Worte, geschriebenes und nicht geschriebenes Recht, anders, als sie der gemeine Redegebrauch nimmt. In der gemeinen Sprache heist geschriebenes Recht, was mit Buchstaben aufgezeichnet ist. Nach dem juristischen Redegebrauch aber kann ein Gesetz geschrieben heißen, das nie schriftlich verfaßt war, und ein anderes nicht geschrieben, wann es gleich schriftlich aufgezeichnet ist. Wann nemlich ein Landesherr einen Befehl nicht aufzeichnen, sondern nur mündlich verkündigen läßt, so heist er bey den Rechtsgelehrten ius scriptum; und wann eine rechtliche Gewohnheit gleich von einem Privatschriftsteller aufgezeichnet wird, so heist sie dennoch ius non scriptum. Der Sachsen- und Schwabenspiegel z. E. enthalten Gewohnheitsrechte, also ein ius non scriptum in juristischer, ein scriptum in gemeiner Bedeutung. Hingegen hatten die älteste deutsche Völker zwar vermuthlich promulgirte, also geschriebene Gesetze im juristischen Sinn; aber da sie nicht schreiben konnten, so waren auch ihre Gesetze nicht schriftlich aufgezeichnet, nicht ius scriptum nach dem gemeinen Sprachgebrauch.

(1) Ulpian, mit andern, nennt die geschriebene Gesetze *leges*, die nicht geschriebene *mores*, der erste Titel seiner Fragmente ist überschrieben: de legibus et moribus.

(2) Anderer Meynung sind zwar *Gebauer* ord. instit. h. t. §. 7. sqq. *Schroeder* observat. iur. civ. pag. 11. und *Sturm* diss. de distinctione iuris scripti et non scripti antiquitati restituta (Ien. 1725.) §. 6. et 14. Allein man sehe §. 9. I. h. t. und L. 32. D. de leg. Daß übrigens Tribonian im §. 10. h. t. die verschiedene Bedeutungen von ius scriptum und non scriptum ganz verwirrt hat, haben Hotomann, Bachov und Vinnius bemerkt, und was andere zu seiner Vertheidigung sagen, ist nicht hinlänglich.

§. 35. Gattungen des geschriebenen und nicht geschriebenen Rechtes.

Das ius scriptum hat im Römischen Staate vier Gattungen, eben so viele das ius non scriptum. Die Gattungen des geschriebenen Rechtes sind 1) leges centuriatae; 2) plebiscita: 3) senatusconsulta; 4) principum placita. Die Gattungen des nicht geschriebenen sind 1) edicta magistratuum; 2) responsa prudentum oder iurisconsultorum; 3) res iudicatae; 4) mores maiorum.

Erste Anmerkung. Das Recht, welches aus den Lehrsätzen der Rechtsgelehrten entstand, hieß ius civile (§. 31.) im engsten Verstande; weil nemlich, wie das angeführte Gesetz sagt, die übrige Gattungen des Römischen

Rechts

Rechts ihre eigene Namen hatten, und jenes Recht nicht, so benennte man es nur mit dem allgemeinen Namen ius civile.

Zweyte Anmerkung. Wir rechnen die edicta magistratuum und responsa prudentum zu dem ungeschriebenen Rechte; Justinian zählt sie im §. 3. h. t. zu dem geschriebenen. Er sagt: scriptum ius est lex, plebiscitum, senatusconsultum, principum placita, *magistratuum edicta*, *responsa prudentum*. Ist dieses nicht ein Widerspruch? Nein. Die edicta und responsa können in gewisser Rücksicht zum geschriebenen Recht gezählt werden, und in anderer zum ungeschriebenen. Nemlich ursprünglich waren diese beyde Rechtsgattungen ein ius non scriptum, ein Gewohnheitsrecht, das nicht ausdrücklich publicirt war. In den neuern Zeiten wurden sie zu einem geschriebenen Recht gemacht. Die Edicte der Magistratspersonen erhielten blos durch die Observanz ein gesetzliches Ansehen, waren also ius non scriptum. Als aber Kayser Hadrian das edictum perpetuum machen, und darin die edicta magistratuum sammeln ließ, dieses Werk auch förmlich promulgirte: da wurden die Edicte ein geschriebenes Recht. Eben so waren auch die Lehrsätze der Rechtsgelehrten Anfangs nur ein ungeschriebenes, ein Gewohnheitsrecht. Justinian aber ließ die Schriften der Rechtsgelehrten excerpiren, aus diesen Excerpten die Pandecten machen, und diese als ein Gesetzbuch publiciren; (§. 6.) dadurch bekamen die Lehrsätze der Rechtsgelehrten das Ansehen eines geschriebenen Rechts.

§. 36. Von den legibus centuriatis.

Die erste Gattung des geschriebenen Rechts ist also *lex centuriata*. Man bemerke 1) das Römische Volk war in Patricier und plebem eingetheilt. Die Patricier waren ungefähr so viel, als unser Adel, plebs ungefähr, was unser Bürgerstand ist. In den Rechtsalterthümern werden diese Begriffe bestimmter und ausführlicher vorgetragen.

2) Ein Gesetz wurde von einer Magistratsperson in Vorschlag gebracht (*rogabatur lex.*) Der rogator legte es zuerst dem Senat vor; alsdann wurde es öffentlich ausgehängt (promulgabatur), damit es jeder Bürger lesen konnte. So blieb es per trinundinum, das heißt, wenigstens 17 Tage lang hängen.

3) Nicht jeder Magistratus konnte leges centuriatas in Vorschlag bringen, sondern nur die drey höchste, die Dictatoren, die Consuln und Prätoren. Dictator war ein ausserordentlicher Staatsbedienter, der ernennt wurde, wenn die Gewalt der Consuln nicht hinlänglich schien, dem Staate aus einer dringenden Noth zu helfen; denn die Gewalt der Consuln war beschränkt, des Dictators seine aber ganz uneingeschränkt und despotisch. Man wählte ihn hauptsächlich alsdenn, wenn innere Unruhen oder grosse auswärtige

Gefah-

Gefahren vorhanden waren. Dieser Dictator regierte aber nur höchstens sechs Monate lang. Die Consuln waren die höchste ordentliche Magistratsperso-nen. Ihrer waren zwey, die ein Jahrlang regierten, das Directorium in allen wichtigen Geschäften hatten, auch die Armee commandirten. Prätor endlich war der Staatsbediente, welcher die Jurisdiction, das heißt, die Gerichtsbarkeit in Civilsachen ausübte, Stadtrichter, Justizpräsident nach modernen Ausdrücken.

4) Wann das Gesetz die vorgeschriebene Zeit über ausgehängt gewesen war, so wurden *comitia* das heißt, eine Volksversammlung gehalten. Das Volk votirte, und billigte oder verwarf das Gesetz durch die meiste Stimmen. Weil das Römische Volk in 6 Classen, und jede Classe in Centurien eingetheilt war, über leges centuriatas aber meistens centurienweise votirt wurde, so, daß jede Centurie ihr votum gemeinschaftlich ablegte: so bekamen diese Gesetze den Namen centuriatae.

5) So lang die Republik frey war, wurden dergleichen Gesetze in Menge gemacht. Auch noch unter August sind einige verfertigt worden, z. E. die berühmte leges Iulia und Papia Poppaea, Gesetze, wodurch August die rechtmässige Ehen und die Bevölkerung zu befördern suchte. Kayser Tiberius aber nahm dem Volk die gesetzgebende Gewalt, und gab sie dem Senate; man sehe den §. 39.

§. 37. Von den Plebiscitis.

Die zweyte Gattung des geschriebenen Rechtes sind die plebiscita. Zuweilen kamen die Plebejer allein, ohne die Patricier zusammen, und votirten über neue Gesetze. Eine Verordnung, die in dergleichen Versammlungen bestättigt wurde, hieß *plebiscitum*. Sie ist also von einer lege centuriata darin unterschieden: 1) brachte sie ein Tribunus plebis in Vorschlag: 2) wurde sie nicht von dem ganzen Volk bestättigt, sondern nur von einem Theil desselben. Tribuni plebis nemlich waren obrigkeitliche Personen, die zum Schutz der Plebejer, um deren Rechte und Freyheiten gegen die Patricier zu vertheidigen, im Jahr nach Roms Erbauung 260. erwählt, und nach und nach so mächtig wurden, daß sie fast den ganzen Staat allein regierten. Weil übrigens die plebiscita nur von den Plebejern bestättigt waren, so wollten die Patricier sich ihnen durchaus nicht unterwerfen, und es mußten erst drey Gesetze gemacht werden, die den Plebiscíten die Kraft allgemein verbindlicher Gesetze beylegten, nemlich lex Horatia im Jahr 306, lex Publilia im Jahr 416, und lex Hortensia im Jahr 465. ehe die Patricier nachgaben. Unter Augusts Regierung haben die Plebiscíten aufgehöret.

Anmerkung. In unserm Römischen Gesetzbuche kommen viele Gesetze vor, die nichts anders, als plebiscita sind, lex Aquilia, Falcidia, Voconia,

Cincia, Atilia, Scribonia u. s. w. Nicht wenige Schriftsteller, auch Heineccius in seiner Rechtsgeschichte, (*1) glauben, die plebiscita hätten den Namen leges erst von der Zeit an erhalten, da man ihnen die Autorität allgemeiner Gesetze beygelegt hätte, aber ohne Grund. Bach (*2) zeigt, daß sie diesen Namen gleich anfangs geführt haben.

(1) Lib. 1. §. 42.
(2) Hist. iurisprud. rom. p. 86.

§. 38. Von den Senatusconsulten.

Um sich von den senatusconsultis den richtigen Begriff zu machen, bemerke man: 1) der Senat war ein collegium von einigen hundert Personen, das unter der Direction der Consuln alle die Staatsgeschäfte besorgte, welche das Volk sich nicht vorbehalten, auch den Magistratspersonen nicht übertragen hatte. Nemlich einige Majestätsrechte übte das Volk selbst aus: die gesetzgebende Gewalt, das Recht Krieg und Friede zu beschliessen, und die Bestellung der obrigkeitlichen Personen. Andere hatten die magistratus auszuüben. Z. E. die Jurisdiction hatte der Prätor, die Policeyaufsicht hatten die Aedilen, die Schatzung des Volks die Censoren. Endlich hatte man auch dem Senat gewisse öffentliche Geschäfte überlassen. Die wichtigsten sind in der Note zum §. bemerkt: Aufsicht über die öffentlichen Cassen; Gesandschaften, der Senat schickte nemlich Gesandte an fremde Nationen, und gab fremden Gesandten Audienz; Verwaltung der dem Römischen Volk unterworfenen Provinzen; Bestrafung schwerer öffentlichen Verbrechen auffer Rom in Italien, dann in Rom hatte der Senat mit diesem Gegenstande nichts zu thun; die Triumphe, ein Feldherr mußte diese Ehre vom Senat erbitten; Comitien, das ganze Volk durfte ohne Erlaubniß des Senats nicht zusammen berufen werden; Gerichtsferien, *supplicationes* oder Bet- und Danktage, der Senat setzte sie an.

2) Wann nun der Senat über diese Gegenstände eine Verordnung ergehen ließ, so hieß sie *senatusconsultum*.

3) Konnte der Senat aber auch wohl Gesetze in Privatsachen, z. E. über Contracte, Testamente, Vormundschaften ꝛc. machen? Man unterscheide die Zeiten. Zu den Zeiten des Freystaates war er dazu nicht befugt. Er konnte die vernachläßigte Beobachtung eines schon vorhandenen Gesetzes einschärfen; er konnte auch in Privatsachen Befehle ertheilen, die in einem einzelnen Falle beobachtet werden mußten. Aber neue, allgemeine Gesetze in Privatsachen konnte er, obgleich Bach (*1) es behauptet, nicht geben. Dieses hat am besten Seger (*2) gezeigt. Von den Zeiten des Kayser Tiberius aber an hat der Senat dieses Recht erhalten. August hatte die Ge-

setze

ſetze noch vom Volk in den Comitien machen laſſen. Dem Tiberius war dieſes läſtig. Er nahm alſo dem Volk die geſetzgebende Gewalt, und gab ſie dem Senate; (*3) comitia ex campo in curiam transtulit, ſagt Tacitus am a. O. er verlegte gleichſam die Comitien vom Felde des Mars, wo ſie bisher waren gehalten worden, auf das Rathhaus. Nam ad eam diem, ſagt Tacitus, etſi potiſſima arbitrio principis, quaedam tamen ſtudiis tribuum fiebant, der Kayſer konnte manches in den Comitien nicht, manches nur mit Mühe durchſetzen. Doch ſind noch einigemal nachher wirkliche Comitien des Volks gehalten, und darin Geſetze gemacht worden.

(1) *Bach* hiſt. iurispr. p. 196.
(2) *Seger* var. obſerv. iur. civ. Obſ. 3. pag. 12. Lipſ. 1767. Man ſ. auch *Henne* diſſ. de SCtorum vi et auctoritate §. 4. ſeqq. Erf. 1773. und *Einert* diſſ. varia iuris civ. capita, cap. 3.
(3) Die Urſache, welche im §. 5. h. t. angeführt wird, quod populus rom. auctus eſſet in eum modum, ut difficile eſſet, in unum eum convocari legis ſanciendae cauſa iſt die wahre nicht.

§. 39. Fortſetzung.

Wann nun der Kayſer ein Senatusconſult gemacht haben wollte: ſo trug er es dem Senat vor, indem er entweder ſelbſt eine Rede im Senat hielt, oder die Rede durch einen geheimen Secretär (quaeſtorem candidatum) ableſen ließ, (*1) oder in einem Schreiben (libello) ſeinen Willen eröffnete. Der Senat votirte alsdann über den Vorſchlag, aber nur zum Schein; denn niemand wagte es ihn zu verwerfen, und nun wurde der Rathsſchluß durch ein kayſerliches Edict publiciret. Von dieſen Zeiten an wurden eine groſſe Menge von Rathsſchlüſſen, und zwar über Objecte des Privatrechtes gemacht; die Rathſchlüſſe erhielten nun auch eigene Namen, das zuvor nicht geſchah, und wurden zuweilen *leges* genennt. (*2) In unſerm corpore iuris kommen SC. Silanianum, Claudianum, Turpillianum, Trebellianum, Pegaſianum, Macedonianum, Velleianum etc. etc. vor.

(1) *Chriſt. Othon. a Boekelen* diſſ. de orationibus Principum, in opuſc. (Lugd. Bat. 1678. 12.) p. 109. ſqq.
(2) Z. B. lex Claudia, deſſen L. 3. C. de legit. tut. (V. 30.) und Ulp. fragm. XI. 8. gedencken, iſt ein SCtum.

§. 40. Fortſetzung.

Weil ein Rathsſchluß gewöhnlich durch eine kayſerliche Rede veranlaßt wurde, ſo heiſſen die SCta von dieſer Zeit an auch iura orationibus principum conſtituta. Anſtatt zu ſagen: dieß ſey durch ein Senatusconſult verordnet worden, ſagen die Schriftſteller oft: es ſey durch eine Rede des Kayſers verordnet worden. (*1) Lange Zeit ſind dieſe Senatusconſulte

üblich geblieben, so, daß wenn die Kayser etwas zu verordnen fanden, sie es durch ein Senatusconsult thaten. Von den Zeiten der Antoninen an aber werden sie seltener. So wie die Kayserl. Macht wuchs, nahm die Macht des Senates ab. Indessen wurden bis auf die Zeiten Constantins des Grossen doch noch immer Rathsschlüsse gemacht. Von dieser Zeit an aber hören die Rathsschlüsse über Gegenstände des Privatrechts völlig auf, und der Senat zu Rom und Constantinopel machte nur noch Verordnungen über die Sachen, die in sein Departement gehörten. Unter der Regierung des Kayser Leo war er aber auch dazu nicht mehr befugt. Dann dieser Kayser verordnete in seiner 78 Novelle, man solle das Gesetz, vermöge dessen der Senat befugt sey, Verordnungen zu machen, in den Gesetzbüchern ausstreichen (*2).

(1) Die orationes principum sind also keine besondere Gattung von kayserlichen Verordnungen, wie *Schomberg* in s. historical and chronological vieu of Roman law (Oxford 1785.) S. 29. glaubt.

(2) *Zepernick* de novellis Leonis p. 269. seqq.

§. 41. Von den kayserlichen Verordnungen.

Die vierte Gattung des geschriebenen Rechts sind die kayserliche Verordnungen. Ich habe davon folgendes anzumerken. 1) Rom wurde Anfangs durch Könige regiert. Als der letzte derselben, Tarquinius, vertrieben war, wurde Rom ein freyer Staat, und behauptete seine Freyheit ungefehr 500 Jahre, bis Sylla, Julius Cäsar und August sie ihm raubten, und sich, einer nach dem andern zu Oberherren aufwarfen.

2) Nachdem August einige Jahre regiert hatte, wurden ihm im Jahr 727. die Majestätsrechte vom Volk und Senat förmlich und feyerlich übertragen. Bey den folgenden Kaysern wurden diese solenne Concessionen, so oft einer den Thron bestieg, wiederholt, und erhielten endlich, ungefehr zu Hadrians Zeiten, den Namen *lex regia*. Sie wird auch *lex Imperii*, *lex Augusti*, *Augustum privilegium* u. d. g. genennt. Also lex regia ist nichts anders, als die Uebertragung der Majestätsrechte, die einem Kayser bey der Thronbesteigung geschah; (*1) und wenn einige dieses Gesetz für eine Erdichtung Ulpians (*2) oder Justinians (*3) halten, so sind sie belachenswerth.

3) Vermöge der legis regiae hatten die Kayser das Recht Gesetze zu machen. Indessen bedienten sie sich dieses Rechtes anfangs sehr sparsam und vorsichtig, vielleicht um das Volk nicht gegen sich aufzubringen. Sie publicirten neue Verordnungen meistens als senatusconsulta. (§. 40.) Wann sie auch selbst etwas neues durch Edicte verordneten, so liessen sie diese oftmals durch senatusconsulta bestättigen.

4) Nach-

4) Nachdeme sie aber auf dem Thron fester sassen; so fiengen sie an, die gesetzgebende Gewalt häufiger und eigenmächtiger auszuüben. Hadrian machte damit den Anfang, und seine Successoren folgten seinem Beyspiel. Die Definition der Constitutionen im §. wird also nun verständlich seyn: sunt principum placita, quae, si hi volunt, (blos darum, weil es der Kayser will, ohne Einstimmung des Volks oder Senats, und in so weit, als er es will,) legis habent vigorem.

(1) *Westenberg* Divus Marcus diss. 2.
(2) Wie *Mart. Schock* tr. de quadruplici lege regia Viteb. 1668. 12.
(3) Dieß thut *Gravina* in tr. de imperio romano cap. 27.

§. 42. Eintheilung derselben.

Diese Verordnungen sind in Ansehung des Inhalts (S. die 5. Tabelle) entweder *edicta* oder *mandata*, oder *rescripta*, oder *decreta*, oder *privilegia*. Andere geben nur vier Gattungen an, sie rechnen nemlich die Privilegia unter die Rescripte. Andere zählen mehr als fünf Gattungen, (* 1) die sich aber auf die fünf genannte zurückführen lassen. Doch Eine Gattung muß jenen noch beygefügt werden, die *liberalitates* oder *beneficia Principum*. Dann diese sind wirklich eine ganz eigne, und von den übrigen verschiedene Species. Wenn nemlich der Kayser einem ein öffentliches Amt, eine Würde ertheilte, mit Geld oder Geldeswerth ein Geschenk machte, so hieß dieses liberalitas Principis, beneficium Principis. (* 2) Diese Geschenke wurden in ein besonderes Protocoll eingetragen, in den *librum beneficiorum*, *commentarium*, *Principis* oder *sanctuarium Principis*. (* 3) Das Document, worin einem ein Amt ertheilt wurde, hieß *codicilli*, *codicilli Imperiales* (* 4).

(1) *Hoffmann.* histor. iur. Vol. 1. Part. 1. p. 398.
(2) L. 11. §. 2. D. de minor. *Gutherius* de offic. dom. Aug. lib. 1. cap. 37.
(3) *Brisson.* de formul. lib. 3. cap. 54.
(4) *Brisson.* de verb. signif. voc. *codicilli.*

§. 43. Von den Edicten der Kayser.

Edicte heissen bey den Römern Verordnungen des Kaysers, worin ein neues Recht zum Besten aller Unterthanen im ganzen Römischen Reiche, oder einer ganzen Provinz, oder einer Stadt festgesetzt und öffentlich promulgirt wird. Schon August hatte solche Edicte gemacht; doch scheinen sie damals noch nicht die Autorität allgemeiner Gesetze gehabt zu haben. Erst nach und nach unter den folgenden Kaysern haben sie dieß Ansehen erhalten, und sind dadurch die wichtigsten unter allen kayserlichen Verordnungen geworden.

Von diesen Edicten sind die Mandate zu unterscheiden. Mandate waren Instructionen der kayserlichen Bedienten. Sowohl die Gouverneurs der

Provinzen, als die öffentliche Bedienten in Rom erhielten dergleichen Instructionen, worin die Grenzen, Rechte und Pflichten ihres Amts bestimmt und vorgeschrieben waren (* 1). Sie galten directe nicht als allgemeine Gesetze, sondern verpflichteten nur den Bedienten, der sie erhielt. Indessen publicirte dieser doch zuweilen durch Edicte die Stellen seines Mandates, welche dem ganzen Publicum zu wissen nöthig waren (* 2).

Anmerkung. Noch muß ich zweyerley von den Edicten anmerken: 1) Die Edicte heissen auch leges edictales perpetuae, leges in perpetuum valiturae, sacrae leges, auch generales epistolae (* 3), und constitutiones in strengem und eigentlichem Verstande (* 4). 2) Viele Juristen z. E. Hoffmann (* 5) setzen als einen wesentlichen Character der Edicte fest, daß sie aus eigenem Antriebe des Kayfers gegeben worden; aber unrichtig, dann die Magistratspersonen, der Senat ꝛc. veranlaßten oft die Edicte.

(1) *Cuiac.* ad Nov. 8. et 17. *Jac. Gothofr.* ad L. un. C. Theod. de mandat. Princ. *Brissonius* de formul. pag. 311. edit. *Bach.*
(2) *Plin.* Epist. X. 97. *Bach* ad Brisson. de formul. pag. 313.
(3) Man s. *Bach* hist. iurisprud. pag. 451. §. 3.
(4) *Noodt.* Dioclet. et Maxim. cap. 2.
(5) Histor. iuris rom. p. 399.

§. 44. Von Rescripten.

Rescripte heissen Verordnungen, worin der Kayser eine an ihn ergangene Anfrage oder Bitte beantwortet. Sie sind von dreyerley Art. Wann sie auf die Supplik einer Privatperson (ἀξιωσεις partium, wie der Autor sagt,) ergehen: so heissen sie *adnotationes* oder *subnotationes*, weil sie mit wenig Worten auf die Supplik notirt wurden. Ergiengen sie aber an eine Magistratsperson, so hiessen sie *epistolae*; denn sie waren in Form eines Schreibens abgefaßt. Wenn endlich ein ganzes Collegium, (oder schola, wie es die Römischen Juristen oft nennen) ein corpus, ein Senat, eine Stadt, Provinz in einer öffentlichen Angelegenheit Vorstellung that, und ein kayserliches Rescript erhielt: so hieß dieß *sanctio pragmatica* (* 1). In den Rescripten bestätigten, erklärten, supplirten die Kayser meistens nur das alte Recht; selten schafften sie es ab. Man muß also in denselben keine correctorische Verordnungen suchen und annehmen, wenn sie nicht deutlich darin liegen (* 2).

(1) *Just. Henn. Boehmer* diss. de sanctionum pragmaticar. indole et auctoritate, in Exerc. ad Pand. Tom. I. p. 398. seqq.
(2) *Schulting* diss. pro rescriptis Imperat. Rom. §. 4. *Reinoldi* opusc. pag. 397. *Glück* opusc. fascic. I. pag. 112. 136. et 289.

§. 45. Anmerkungen über die Rescripte.

Die kayserliche Verordnungen gelten nur, in so weit es der Kayser haben

ben will. (§. 42.) Daraus folgt 1) daß die Rescripte nur gültig sind, wann in der vorausgegangenen Vorstellung Wahrheit enthalten ist. Jedes Rescript setzt nemlich eine Vorstellung, Anfrage, Supplik voraus, und gründet sich darauf. Ist in dieser Vorstellung die Wahrheit verschwiegen, oder sind falsche Umstände angeführt: so will der Landesherr nicht, daß es gelten soll, es gilt also nicht. Es ist daher dem Impetraten, d. i. dem, gegen welchen ein Rescript ergeht, erlaubt, dem Rescript die exceptionem *sub — et obreptionis*, die Exception, das Rescript ist von dem Impetranten durch falsche Vorstellungen erschlichen, entgen zu setzen. (* 1) Kann er diese erweisen, so muß das Rescript cassirt werden. Wann ein Rescript etwas verordnet, was dem ganzen Staat zum offenbaren Schaden gereicht, oder einem Unterthanen sein wohl erworbenes Recht entzieht: so ist es höchst wahrscheinlich, daß es durch Unwahrheiten erschlichen sey, und die Landescollegien oder der Impetrat haben daher die Erlaubniß, dem Landesherrn Vorstellungen dagegen zu thun; der Impetrat, welchem sein ius quaesitum entzogen werden will, ist auch befugt, gegen den Landesherrn, oder gegen den Fiscal Klage zu erheben.

(1) Man verwirre mit dieser Einrede nicht die *exceptionem falsitatis*, wann man behauptet, das Rescript sey vom Landesherrn nicht erlassen worden. Auch diese Einrede muß erwiesen werden. Wahrscheinlich wird sie zuweilen durch die Umstände, z. E. wann das Rescript kein Datum hat, in einem ungewöhnlichen Stil abgefaßt ist ꝛc.

§. 46. Von den Decreten.

Ein Decret ist eine Verordnung, wodurch der Kayser nach vorhergegangener Untersuchung einen Proceß entscheidet. Die Römischen Kayser untersuchten und entschieden viele Processe, die durch Appellation an sie gelangten; entschieden auch zuweilen Sachen in der ersten Instanz. Eine solche kayserliche Entscheidung hieß *decretum*; und war zweyerley, entweder *decretum* in strengerem Verstand, oder *interlocutum*. Wann nemlich die Hauptfrage des Processes entschieden, und dadurch der ganze Proceß geendiget wird: so heist es decretum in eigentlichem Verstande. Wann aber ein Nebenpunct decidirt wird, z. E. ob ein gewisser Zeuge im Processe zulässig, ob eine Parthey der andern ein gewisses Document herauszugeben schuldig sey: so heist die Entscheidung *interlocutio* oder *interlocutum*. Bey den decretis stricte dictis wurde eine genaue Untersuchung angestellt; die Interlocute aber wurden *de plano*, d. i. ohne Weitläuftigkeit gegeben.

§. 47. Von dem Ansehen der Decrete und Rescripte.

Eine merkwürdige Frage ist: ob die Decrete und Rescripte allgemeine, oder nur specielle Gesetze sind? Der Landesherr giebt ein Decret oder Rescript

script in der Sache A. Gilt dieß nur in dieser Sache, oder müssen es die Gerichte auch in andern ähnlichen Fällen anwenden? Z. E. ein aus unehelichem Beyschlaf erzeugtes Kind (spurius) verlangt den sechsten Theil von seines Vaters Erbschaft; die Verwandten verweigern ihm denselben, weil unter den Rechtsgelehrten diese Sache sehr streitig ist; es komunt zum Proceß, der Landesherr entscheidet ihn zum Vortheil des unehelichen Kindes. Die Frage also ist, ob dieses Decret in allen vorkommenden ähnlichen Fällen zur Richtschnur diene, und die Gerichte nun allen spuriis die Succession in den sechsten Theil der väterlichen Erbschaft gestatten müssen? Vor Justinians Zeiten haben die Decrete kein allgemeines Ansehen gehabt (* 1). Justinian aber hat ihnen dieses in der angeführten leg. 12. Cod. de leg. et const. (I. 14.) beygelegt.

Indessen muß man doch voraussetzen, 1) daß es Decrete sind, die eine streitige Rechtsfrage entscheiden, wie das eben angeführte über die Succession der unehelichen Kinder ist. Wenn ein Decret eine blose quaestionem facti entscheidet, ob ein gewisses *factum* in vorliegendem Fall geschehen oder nicht-geschehen sey, z. E. ob der Beweis gehörig geführt, die Appellationsfristen gewahrt seyen: so kann das Decret seiner Natur nach nicht auf andere Fälle angewandt werden. 2) Wird vorausgesetzt, daß der Landesherr durch sein Decret eine allgemeine Vorschrift hat geben, und nicht um ganz besonderer Umstände willen nur in diesem Falle einen Machtsprucht hat ertheilen wollen (* 2).

(1) Dieß hat *Zepernick* diatr. de auctor. rer. a centumviris iudicatarum §. 20. in append. ad Siccamae tr. de iudicio centumvirali p. 381. sehr gut bewiesen.
(2) *Cocceji* in iure controv. tit. de constitut. princip. Qu. 1. *Stryk* diss. de obligatione rei iudicatae contra tertium, cap. 1. §. 10.

§. 48. Was sind Privilegien?

Das Wort privilegium wird bey den Römern in einem weitläuftigern Sinne genommen, als heutiges Tages. Sie verstehen darunter jede Verordnung, wodurch einem ein ausserordentliches Recht ertheilt, oder eine ausserordentliche Strafe dictirt wird. Wir verstehen hingegen darunter nur solche Verordnungen, wodurch der Landesherr ein individuum, das heist, eine Person oder Sache von der Vorschrift der Gesetze in mehrern ähnlichen Fällen auf eine vortheilhafte Weise befreyet. Also der erste Character der Privilegien ist, sie gehen auf ein einzelnes Subject. Das gemeine Recht sagt z. E. jeder Unterthan muß Steuern entrichten; das Privilegium sagt, diese Person, diese Sache sollen steuerfrey seyn, und in soweit stimmt unser Redegebrauch mit dem Römischen überein. Allein nach dem unsrigen wird ferner 2) erfordert, daß die Verordnung, die ein privilegium heissen soll,

dem

dem Privilegirten vortheilhaft und angenehm sey. Wann jemand in einem Lande, wo die Todesstrafen abgeschaft sind, wegen besonderer Umstände am Leben gestraft wird: so sagt man heutiges Tages nicht, daß er ein Privilegium erhalten habe. In der alten lateinischen Sprache hingegen nennt man eine solche unangenehme nachtheilige Verordnung auch privilegium, und zwar *odiosum*. Endlich 3) nennt man auch heutiges Tages nur diejenige Verordnungen privilegia, welche auf mehrere Fälle gehen, d. i. dem Privilegirten nicht allein in Einem, sondern in mehreren ähnlichen Fällen nützlich sind. Man nennt es also kein privilegium, wenn z. E. einer die Erlaubniß erhält, eine nahe Verwandtin zu heyrathen, die er nach den Gesetzen nicht heyrathen dürfte. Denn diese Erlaubniß geht nur auf den einzigen Fall. Bey den privilegiis gilt die Regel: non sunt trahenda ad exemplum. Wenn der Landesherr mir ein Privilegium giebt: so kann sich ein anderer nicht darauf berufen, gesetzt auch, daß er sich mit mir in gleichem Falle befindet, sondern er muß den Landesherrn um die Ertheilung des privilegii bitten.

Anmerkung. Von den Privilegien sind die *constitutiones personales* unterschieden. Diese gehen auf einen einzelnen Fall, das Privilegium auf mehrere. Man theilt sie in constitutiones *favorabiles* und *odiosas* ein. Unter den *odiosis* versteht man eine ausserordentliche Erhöhung der Strafe, si quam poenam irrogavit, heist es im Texte §. 6. eine Sentenz des Landesherrn, wodurch einem eine härtere Strafe dictirt wird, als die in den Gesetzen bestimmte ist; wenn z. E. jemand vom Landesherrn zum Strange verurtheilt wird, der nach den Gesetzen nur das Schwerd verdient hätte. Die favorabiles sind entweder *dispensationes*, oder *abolitiones*, oder *adgratiationes*. Im Texte werden sie unter den Worten: si Princeps cui sine exemplo subvenit verstanden. Wenn nemlich jemand eine in den gemeinen Rechten verbotene Handlung vornehmen will, und zuvor vom Landesherrn die Erlaubniß dazu erhält: so heist dieselbe eine **Dispensation**. Z. E. jemand will sich trauen lassen ohne Proclamation, die doch in den gemeinen Rechten vorgeschrieben ist; er erhält vom Landesherrn Erlaubniß dazu. Diese heist (freylich nicht in gutem Latein) *dispensatio*. Hingegen wenn jemand beschuldiget wird, eine gesetzwidrige Handlung schon begangen zu haben, und vom Landesherrn eine Verordnung erhält, daß kein Proceß deshalben gegen ihn angestellt, oder der schon angefangene aufhören soll: so heist dieß eine **Abolition**. Endlich wenn mir wegen eines begangenen Verbrechens schon wirklich die Strafe dictirt worden ist, und der Landesherr mir sie ganz oder zum Theil erläßt: so heist diese Erlassung Adgratiation, Begnadigung.

Von den Privilegien sind ferner die *beneficia legis* oder *iura singularia* zu unterscheiden. Man bemerke 1) beneficia legis sind vortheilhafte Verord-

nungen neuerer Gesetze, die im ältern Recht unbekannt sind. Z. E. das alte Römische Recht weiß nichts davon, daß ein Minderjähriger, der in einem Contract Schaden gelitten hat, sich dagegen in integrum restituiren, das heist, den Contract umstossen lassen kann; die neuere Gesetze aber geben dem Minderjährigen dieses Recht; es ist also ein beneficium legis. Die Weibspersonen, welche sich verbürgen, müssen nach dem alten Römischen Recht so gut als Mannspersonen haften; ein neues Gesetz aber, SCtum Velleianum, erklärt ihre Bürgschaft für ungültig. Hier ist also ein beneficium legis. Nach den alten Römischen Gesetzen muß ein Erbe schlechterdings alle Schulden des Erblassers bezahlen. Die neue Gesetze aber geben ihm das beneficium inventarii; wann er über die Erbschaft ein Inventarium machen läßt: so bezahlt er nur soweit, als die Erbschaft anreicht.

2) Diese beneficia legis sind von den Privilegien darin unterschieden, daß sie allen Unterthanen, oder doch einer gewissen Classe derselben zustehen, da im Gegentheil die Privilegien nur Einer Person oder Einer Sache ertheilt sind. Die privilegia muß man bey dem Landesherrn besonders erlangen, die beneficia legis sind schon in den Gesetzen enthalten, und man braucht nicht darum nachzusuchen. Die beneficia legis werden auch allgemein promulgirt, die Privilegien nicht. (* [1]).

3) Die beneficia legis sind entweder *generalia* oder *specialia*. Generalia kommen allen Unterthanen, die sich in einem gewissen Falle befinden, zu gut, z. E. das beneficium inventarii; ferner ordinis und divisionis, wovon unten (§. 843. 844.) gehandelt werden wird. Die specialia sind nur einer gewissen Classe der Unterthanen vortheilhaft, z. E. das beneficium SCti Velleiani nur den Weibspersonen.

(1) *Franc. Car. Conradi* diss. ad Jul. Paulli ex libr. sing. de iure singulari reliqua Fragm. 1. §. 3. sq. in collect. diss. historico antiquario iuridicarum (B. an. 1785.) pag. 357. sq.

§. 49. Eintheilung der Privilegien.

Die Privilegia sind 1) entweder *gratiosa* oder *onerosa*. Gratiosum heist das, welches umsonst, aus bloser Gnade ertheilt wird, onerosum, wofür der Privilegirte etwas gegeben oder gethan hat. 2) Entweder *realia* oder *personalia*. Reale ist ein Privilegium, das allen Besitzern einer gewissen Sache ertheilt ist. Dergleichen ist z. E. die Steuerfreyheit, wenn sie einem Hause, die Jagdgerechtigkeit, wenn sie einem Landgute ertheilt ist. Denn alle Besitzer des Hauses sind steuerfrey, alle Besitzer des Gutes haben das Recht zu jagen. Personale hingegen heist das, welches Einer oder mehreren bestimmten Personen zustehet. Wenn mir z. E. der Landesherr blos für meine Person

meine

Güter steuerfrey macht, daß sie nemlich frey seyn sollen, so lang ich sie besitze, aber wieder steuerbar werden, so bald sie veräussert werden; oder wenn er mir für meine Person die Jagd giebt: so sind dieß persönliche Privilegien. Also der wahre Character, woran man die Realprivilegien von den persönlichen unterscheiden muß, ist, daß sie allen Besitzern einer gewissen Sache zustehen; das Personalprivilegium kommt nur Einer oder einigen Personen zu. Ich sage einigen. Wenn also der Landesherr mir und meinen Leibeserben, oder auch mir und meinen Erben überhaupt, ein Privilegium, z. E. die Steuerfreyheit eines Hauses ertheilt, so ist es kein reelles; denn sobald das Haus an einen Besitzer kommt, welcher kein Erbe von mir ist: so verliert es die Freyheit. Einige (* 1) nennen die Privilegien, welche einem für sich und seine Erben ertheilt sind, *privilegia ex realibus et personalibus mixta*, aber unschicklich. Ein solches Privilegium ist eigentlich ein Inbegriff mehrerer persönlicher Privilegien; reell ist es gar nicht.

(1) *Frid. Ef. Pufendorf* de privileg. cap. 1. §. 120.

§. 50. Wer kann Privilegien ertheilen, und können sie wiederrufen werden?

Die Privilegien sind Verordnungen, wodurch jemand von dem gemeinen Recht befreyt, dieses also wirklich aufgehoben wird. Nun kann niemand Gesetze aufheben als der Landesherr; daher kann auch 1) niemand, als allein der Landesherr Privilegien ertheilen. 2) Die Magistratspersonen, Beamten, Regierungen, Canzleyen ꝛc. ꝛc. sind dazu nicht befugt, wenn ihnen der Landesherr nicht ausdrücklich dieses Recht ertheilt hat (* 1). In wie weit kann der Landesherr ein ertheiltes privilegium wiederrufen? Es giebt Juristen, welche ihm dieses Recht schlechterdings, und wieder andere, welche es ihm bey privilegiis gratiosis zusprechen. Allein nach der richtigern Meynung ist ein Landesherr so wenig befugt, privilegia zu wiederrufen, als andere gültige Verträge umzustossen. Denn ein privilegium ist ein Vertrag mit dem Privilegirten. Ausnahmen dieser Regel sind 1) wenn das privilegium mit dem ausdrücklichen Vorbehalt, es wiederrufen zu können, (ad beneplacitum, per modum precarii) ertheilt ist. 2) Wenn der Privilegirte es mißbraucht, wenn z. E. einer, der privilegirt ist, allein im Lande mit Toback zu handeln, unbrauchbare Waare verkauft. Endlich 3) wenn das privilegium mit dem Wohl des Staates streitet; wenn z. E. eine vermöge des privilegii angelegte Glashütte so viel Holz verbraucht, daß ein drückender Mangel zu befürchten ist. Daß ein jedes privilegium gratiosum wiederruflich sey, läßt sich mit Grund nicht behaupten, denn es ist eine Schenkung; die aber kann ohne hinlängliche Ursache eben so wenig revocirt werden, als ein anderer Vertrag (* 2).

(1) Man sehe Struben Unterricht von Regierungs- und Justizsachen. §. 8.

(2) *Ziegler* de iur. maiest. lib. 1. cap. 12. §. 13. *Leyser* Sp. 50. med. 10. Sp. 510. cor. 3. *Idem* de assentat. Ictor. cap. 3. sect. 2. §. 35. in meditat. ad Pand. Vol. 13. p. 136. *Wernher* Part. 6. obs. 377. *Frid. Es. Pufendorf* de privileg. cap. 1. §. 114. *Gebauer* diss. singularia de privilegiis, §. 20. in opusc. Tom. 1. p. 326. Struben am a. O. §. 28. Ebenders. in den rechtl. Bed. 2 Band, 80 Bed.

§. 51. 52. Von den Edicten der Magistratspersonen.

Wir haben die vier Gattungen des geschriebenen Rechts kennen gelernt, und gehen nun zu dem ungeschriebenen über. Dahin gehören zuerst die *edicta magistratuum*.

Man bemerke 1) das Wort magistratus bedeutet bald eine Person, bald ein Amt. Es bedeutet nemlich a) eine Person, die unter öffentlicher Autorität bestellt ist, ausser dem Senate gewisse Staatsgeschäfte zu besorgen, einen Staatsbedienten, obrigkeitliche Person. Ich sage ausser dem Senate. Denn der Senat besorgte auch Staatsgeschäfte; (§. 39.) aber senator und magistratus sind sehr verschieden. Oft aber wird auch b) das Amt, vermöge dessen Jemand öffentliche Geschäfte zu besorgen hat, magistratus genennt. Alle magistratus regieren übrigens der Regel nach nur ein Jahr lang.

2) So wie unsre Beamten, Canzleyen, Renthkammern ꝛc. in Amtssachen Befehle bekannt machen: so thaten es auch die Römische magistratus, und diese heissen *edicta*. Der Prätor z. E. gab Befehl in Jurisdictionssachen, der Aedilis oder Policeydirector in Policeysachen, u. s. w.

3) Diese edicta waren entweder *ordinaria*, *s. annua*, *s. generalia*, oder *extraordinaria*, *s. specialia*. Die annua schlug der magistratus bey dem Antritt seines Amtes schriftlich an, und machte darin bekannt, wie er während seines Amtsjahres die für ihn gehörige Geschäfte behandeln und entscheiden wollte. Die extraordinaria publicirte er während seiner Amtsführung über besondere Fälle.

4) Annua edicta haben nur die praetores, aediles curules oder Policeydirectoren und Gouverneurs der Provinzen (proconsules) publicirt; extraordinaria aber auch die übrige Magistratspersonen. Die Edicte des Prätors heissen urbana oder praetoria; des Policeydirectors aedilitia; der Gouverneurs in den Provinzen, provincialia, proconsularia.

5) Die magistratus, besonders die Prätoren, brachten manche neue Rechtssätze in ihre Edicte. Diese heissen *ius honorarium*. Also ius honorarium ist das durch die Edicte der Magistratspersonen eingeführte Recht, weil die Magistratspersonen öffentliche Aemter bekleideten, und diese Aemter honores heissen (* 1).

6) Obgleich die magistratus keine Gesetzgeber waren, und das Recht also nicht hatten, etwas neues in ihren Edicten zu verordnen: so maßten sie sich den-

dennoch dessen an. Sie erklärten (adiuvabant) das Römische Recht, wo es dunkel war; corrigirten es, wo es hart und unbillig schien, und supplirten es, wo es Lücken hatte. Viele ihrer neuen Rechtssätze bekamen nach und nach durch die stillschweigende Einwilligung des Volks rechtliche Autorität, wurden als ein ius non scriptum respectiret.

7) Daher nennt Justinian die Prätoren Gesetzgeber, und daher kommen in unserm corpore iuris noch viele Erfindungen der Prätoren und Aedilen vor, actiones praetoriae et aedilitiae, restitutiones in integrum, bonorum possessiones, von denen wir unten an den gehörigen Orten Nachricht erhalten werden. (§. 1091. §. 1001. und f. f. §. 655. und. f. f.)

8) Als Hadrian das edictum perpetuum verfertigen ließ, wurde das ius honorarium in ein ius scriptum verwandelt.

(1) §. 7. I. h. t.

§. 53. Vom beständigen Edicte.

Mit diesem edicto perpetuo hat es folgende Beschaffenheit. Kayser Hadrian gab Befehl, daß man die edicta praetorum sammeln, das vorzüglichste daraus excerpiren und in Ordnung bringen sollte. Der Rechtsgelehrte, der zu diesem Geschäft erwählt wurde, war Salvius Iulianus, ein Mann von vieler Gelehrsamkeit und grossem Ruhme. Als die Sammlung fertig war, ließ sie der Kayser unter dem Namen edictum perpetuum im Jahr Chr. 131. als ein Gesetzbuch promulgiren, und befahl, daß sich in Zukunft alle Magistrate darnach richten sollten. Keiner durfte nun noch edicta annua machen; nur extraordinaria edicta, insoweit sie dem edicto perpetuo nicht widersprachen, war ihnen zu geben erlaubt.

Wir besitzen von diesem beständigen Edicte nur Bruchstücke, die hier und da in den Pandecten zerstreuet sind. Die Ordnung des Edicts hat am besten Jac. Gothofred (*1) gezeigt, die Fragmente desselben hat Hoffmann (*2) zusammen drucken lassen. Heineccius wollte sie mit einem Commentar erläutern, hat aber das Werk nicht vollendet. Was davon fertig geworden ist, steht in dessen opusculis posthumis (*3).

Dodwell am a. O. behauptet mit andern, zu Hadrians Zeiten sey auch unter öffentlicher Autorität eine Sammlung von Edicten der Aedilen oder ein edictum perpetuum aedilitium verfertigt worden; aber dieß ist schlechterdings nicht zu erweisen.

In den Pandecten kommen drey Edicte der Aedilen vor. Das erste sagt: niemand soll in seinem Hause ein reissendes Thier nah an die Strasse legen, daß die Vorbeygehende angefallen und beschädiget werden können (*4). Das zweyte; wer eine Sache verkauft, welche heimliche Fehler hat, soll sie zu-

rück nehmen, wenn sie dem Käufer ganz unbrauchbar ist; und einen Theil des Kaufschillings zurück geben, wenn die Sache zwar brauchbar ist, aber doch ihr Werth durch die geheime Mängel vermindert wird. (*5) Das dritte: wer meinen Sklaven ohne meine Erlaubniß castriret, soll mir dessen vierfachen Werth bezahlen (*6).

(1) In quatuor fontib. iur. civ. Thesaur. Ott. Tom. 3. p. 241. seqq.
(2) Histor. iur. vol. 2. p. 305. seqq.
(3) Pag. 1—640.
(4) L. 40. 41. 42. D. de Aedilit. edict.
(5) L. 1. §. 1. D. eod.
(6) L. 27. §. 28. D. ad L. Aquil. Eberh. Otto hat diese Stelle in einer eignen Abh. erläutert, die in *Oelrichs* collect. diss. histor. antiquario iuridicarum num. 5. steht. Ueber die Edicte der Aedilen überhaupt s. *Ioh. Christ. Gottl. Heineccii* florum sparsio ad edictum Aedilitium. Hal. 1738.

§. 54. Von den Gutachten der Rechtsgelehrten.

Die zweyte Gattung des nicht geschriebenen Rechts sind die responsa prudentum, oder richtiger zu reden, die Lehrsätze der Rechtsgelehrten. Die alte Römische Gesetze, besonders die Gesetze der 12 Tafeln waren dunkel, wenn gleich nicht für die Zeitgenossen, doch für die Nachkommen. Daher fanden sich Leute, die sie zu erklären, und ihre richtige Anwendung zu zeigen bemüht waren. Sie hiessen *prudentes*, *iuris prudentes*, *iuris consult:*; ertheilten den Bürgern rechtliche Gutachten (responsa) und erläuterten die Gesetze durch Schriften. Ob sie gleich keine Gesetzgeber waren: so wurden doch viele ihrer Meynungen in den Gerichten angenommen, und galten als Gewohnheitsrechte. Endlich erhielten sie die Autorität geschriebener Gesetze; als nemlich Justinian aus den Schriften der Juristen die Pandecten sammeln ließ, und diesen gesetzmäßiges Ansehen ertheilte.

Anmerkung. Zu den Zeiten der freyen Republik konnte jeder Bürger, welcher Wissenschaft und Reputation hatte, rechtliche Gutachten ertheilen. August gab einigen Juristen das Recht, in seinem Namen Gutachten zu ertheilen, Gutachten, die gewissermassen gesetzliches Ansehen hatten, weil die Gerichte die Sache nicht anders entscheiden durften, als der Jurist in seinem Gutachten für recht erkannt hatte. (*1) Die übrigen Juristen respondirten nach wie vor, ihre Gutachten hatten aber jenes grosse Ansehen nicht. Die beste Abhandlung von dieser Materie hat Gebauer (*2) geschrieben.

(1) Ganz deutlich sind die Stellen, welche man zum Beweise anführt, L. 2. §. 47. D. de orig. iur., und §. 8. I. h. t. nicht. Daher auch einige, als *Walch* ad *Hopp*. d. §. 8. leugnen, daß August eine solche Verordnung gegeben habe.
(2) Excurs. ad Instit. 1. pag. 166.

§. 55. Er-

§. 55. Erfindungen der Rechtsgelehrten.

Die Rechtsgelehrten sind die Erfinder vieler Rechtssätze und Lehren, die in unserm Gesetzbuche vorkommen. Sie haben die legitimam patronorum tutelam erfunden. Die Gesetze der 12 Tafeln nemlich sagten: über einen Unmündigen sollen die nächste Agnaten Vormünder seyn. Wenn ich nun einen Sklaven frey ließ: so hieß ich Patron des Freygelassenen, und wurde, als dessen Vater und nächster Agnat angesehen. Daher behaupteten die Juristen, ich müßte auch dessen Vormund werden, wenn er noch unmündig sey. (§. 81. §. 193.) Die Juristen sind auch die Erfinder der *querelae inofficiosi*. Ein Vater konnte nach altem Römischen Recht seine Kinder nach Gefallen enterben. Dieß hielten die Juristen für unbillig. Sie gaben daher einem ohne Ursache enterbten Kinde den Rath, eine Klage gegen das Testament anzustellen, seinen Vater für blödsinnig auszugeben, und statt des Beweises sich auf das unbillige und unvernünftige Testament zu berufen. Diese Klage wurde querela inofficiosi genannt. (§. 534.) Ferner haben die Rechtsgelehrten viele *actiones utiles* erfunden. Eine Klage heist *actio directa*, wenn sie in den ausdrücklichen Worten des Gesetzes gegründet, *utilis*, wenn sie aus dem Gesetz durch eine Schlußfolge hergeleitet ist. (S. unten §. 1091.) Beyspiele von beyden werden in der Folge häufig vorkommen. S. z. E. §. 229. §. 388. §. 389. Endlich schreiben sich auch, wie unser Autor sagt, die legis actiones und actus legitimi von den Juristen her.

§. 56. Was sind legis actiones und actus legitimi?

Der wahre Begriff dieser beyden Dinge und ihr Unterschied ist nichts weniger als ausgemacht. Ich will die von den meisten neueren Rechtsgelehrten angenommene Meynung hier vortragen, meine Gedanken aber in einer eignen diesem Buche angehängten Abhandlung sagen. *Legis actiones* waren Proceßformeln. Man konnte bey den Römern seine Klage, Exception, Replik u. s. w. im Gericht nicht mit beliebigen Worten vorbringen; sondern alles, was im Proceß vorzutragen war, mußte schlechterdings in einem gewissen bestimmten Formular vorgetragen werden, und dieß hieß legis actio. Wer sich des rechten Formulars nicht bediente, etwas darin ausließ oder veränderte, verlohr den Proceß. *Actus legitimus* hingegen war, nach der gemeinen Sage, ein feyerliches Geschäft auser dem Proceß. Wer irgend ein Geschäft von Wichtigkeit vornehmen, z. E. einen Sklaven frey lassen, jemand an Kindesstatt annehmen, ein Kind aus seiner väterlichen Gewalt entlassen wollte ꝛc. der mußte es mit gewissen Formeln und Feyerlichkeiten thun; und eine solche Handlung soll dann actus legitimus geheissen haben.

Anmer-

Anmerkung. Von den actibus legitimis sagt man insgemein, sie hätten keine Zeit, keine Bedingung, keinen Bevollmächtigten zugelassen. Nemlich man habe 1) keinen actum legitimum auf eine gewisse Zeit schliessen, keinen Sklaven z. E. auf eine gewisse Zeit frey lassen; keinen Menschen auf gewisse Zeit zum Kinde annehmen können. 2) Man habe auch einen actum legitimum nicht so eingehen können, daß er erst nach einer gewissen Zeit gelten sollte; z. E. einen jetzt an Kindesstatt annehmen, aber so, daß er erst nach Verlauf eines Jahres mein Sohn seyn sollte. 3) Habe ein actus legitimus unbedingt geschlossen werden müssen. Es gieng z. E. sagt man, nicht an, jemand unter einer Bedingung zu adoptiren, mein Kind unter einer Bedingung meiner Gewalt zu entlassen. Endlich 4) habe man einen actum legitimum nicht durch einen Bevollmächtigten verrichten lassen können, man habe ihn schlechterdings in eigner Person thun müssen.

Das ist gewiß, daß wir heutigestages keine legis actiones mehr haben. Man hat Formulare zu Klagschriften, Exceptionshandlungen, Citationen, Bescheiden ꝛc. ꝛc. Aber weder Richter, noch Partheyen sind so streng daran gebunden, als der Römer an seine legis actiones. Eben so wenig haben wir die Formeln und Feyerlichkeiten, welche die Römer bey gewissen Geschäften brauchten und beobachteten.

§. 57. Was sind res iudicatae und mores maiorum?

Zu dem iure non scripto gehören drittens die res iudicatae. Der Prätor hatte in Rom die Jurisdiction. Er hatte aber 105 Beysitzer, welche centumviri hiessen, und denen er die wichtigste Processe zu entscheiden übertrug. Wenn nun in den Centumviralgerichten eine Rechtsfrage mehrmal vorgekommen, und allezeit auf einerley Art entschieden worden war: so entstand aus diesen gleichförmigen Urtheilssprüchen eine Art von Gewohnheitsrecht, ein Gerichtsbrauch, eine Praxis (*1). Durch diesen Gerichtsbrauch ist, wie die erste Note sagt, das alte harte Römische Recht oft gemildert, und der Billigkeit näher gebracht; oft sind auch die Meynungen der Juristen durch den Gerichtsbrauch bestätiget worden. Z. E. die Juristen hatten die querelam inofficiosi erdacht, (§. 55.) der Gerichtsbrauch nahm sie an, und machte sie geltend (*2).

Die letzte Gattung des nicht geschriebenen Rechtes sind die *mores maiorum*. In allgemeiner Bedeutung sind alle iura non scripta, mores maiorum. (§. 34. (1) Man kann das ius honorarium, das ius ex responsis prudentum und ex rebus iudicatis, mores maiorum heissen. Allein in eigentlichem Verstande sind *mores maiorum* Gebräuche, die zu keiner der vorigen eben benannten Rechtsgattungen gerechnet werden können, die aber doch von

Alters

Alters her im Römischen Staate galten. Z. E. wenn die Consuln nicht in Rom zugegen waren, so vicariirte der Prätor für sie; nur gewisse Magistratus konnten den Senat zusammenberufen; Weibspersonen konnten keine öffentliche Aemter bekleiden; Schenkungen unter den Ehegatten waren verboten ꝛc. ꝛc. Dieß alles waren mores maiorum.

(1) Ohne hinlänglichen Grund leugnet *Vinn.* ad §. 9. I. h. t. n. 7. daß die res iudicatae einen Theil des Römischen Rechts ausgemacht hätten.

(2) Pomponius in der L. 2. §. 5. D. de orig. iur. sagt: his legibus (XII. tabularum) coepit, ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem, necessariamque *disputationem fori.* Haec *disputatio* et hoc ius, quod sine scripto venit, compositum a prudentibus, propria parte aliqua non adpellatur (hat keinen eignen Namen), ut caeterae partes iuris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus caeteris partibus; sed communi nomine appellatur ius civile. Was er mit der disputatione fori meyne, ist sehr bestritten, obgleich wenig an der Sache gelegen ist. Unser A. in antiquit. iur. h. t. §. 35. mit andern versteht Disputationen der alten Rechtsgelehrten darunter, die sie bey Zusammenkünften über zweifelhafte Rechtsfragen gehalten hätten, und Meynungen, welche nach einer solchen vorausgegangenen Disputation gemeinschaftlich angenommen worden wären. Andere, als *Bach* histor. iurisprud. rom. pag. 261. glauben, daß 1) die in den Gerichten über Rechtsfragen geführte Streitigkeiten darunter zu verstehen seyen, und daß man 2) auch selbst das aus den rebus iudicatis entstandene Recht disputationem fori genennt habe. Ich kann und will nicht entscheiden, wer Recht habe. Soviel ist indessen wohl gewiß, es läßt sich aus den alten Schriftstellern nicht beweisen, daß die Römische Juristen zusammengekommen sind, um zweifelhafte Rechtsfragen durch eine Disputation zu entscheiden, und daß eine nach einer solchen Dispüte verglichene Meynung gesetzliches Ansehen gehabt habe.

§. 58. Theorie des Gewohnheitsrechtes.

Der Autor giebt hier noch einige allgemeine Bemerkungen über das Gewohnheitsrecht, die von practischer Wichtigkeit sind. 1) Eine Gewohnheit ist eine beständige Beobachtung einer Regel in freyen Handlungen. Wer seine freyen Handlungen immer nach einer gewissen Regel thut, z. E. alle Morgen um 6 Uhr aufstehet, alle Abend um 10 zu Bette gehet, der hat eine Gewohnheit.

2) Die Gewohnheiten sind von zweyerley Art. Man glaubt entweder, daß man verbunden sey sie zu beobachten: (z. E. alle Einwohner eines Orts nehmen Zeugen zu ihren Eheverlöbnissen, weil sie glauben, daß es nöthig sey;) oder nicht. Im ersten Fall heist die Gewohnheit eine obligatorische, (*consuetudo obligatoria;*) im letzten eine freye Gewohnheit (*consuetudo libera*). Von der ersten Art ist die Gewohnheit bey Eheverlöbnissen, von der letzten Art sind die eben angeführte Gewohnheiten des Aufstehens und zu Bette gehens. Die obligatorische wird entweder vom Gesetzgeber gebilliget,

und dann heist sie eine gesetzliche Gewohnheit, (*consuetudo legalis, ius non scriptum*) oder nicht. Im letzten Falle ist sie eine illegale Gewohnheit; böser, unvernünftiger, verworfener Gebrauch. Die gesetzliche ist entweder *permissiva*, (nach andern *privativa*) wenn vermöge der Gewohnheit eine Handlung ungestraft geschehen darf, oder *praeceptiva*, (*dispositiva*, wie andere sagen,) wenn die Handlung geschehen muß.

3) Was wird erfordert, wenn man behaupten will, daß eine gesetzliche Gewohnheit, ein Gewohnheitsrecht vorhanden sey? Die Gesetze erfordern a) mehrere *actus*, ohne die Zahl genau zu bestimmen. Die Sache ist also dem Gutdünken des Richters überlassen, er muß nach den Umständen beurtheilen, ob etwas so oft geschehen sey, daß man daraus eine Gewohnheit schliessen könne. (*1) b) Einen gewissen Zeitverlauf. Die Regel muß lange beobachtet worden seyn, wenn man eine Gewohnheit behaupten will. Aber auch hier bestimmen die Gesetze nichts genau, sondern überlassen die Bestimmung dem vernünftigen Ermessen des Richters (*2). Einige behaupten, man müsse auf die Verjährungszeit sehen, aber ohne Grund (*3). c) Die Actus müssen gleichförmig, (homogenei) das heist, so beschaffen seyn, daß sich aus allen die behauptete Gewohnheit herleiten läßt (*4), und d) in der Meynung unternommen, daß es so seyn müsse (*actus opinione iuris suscepti*). Wenn man z. E. mehrmal die Wittwen aus gutem Willen, Mitleid, Liebe ꝛc. zur Erbschaft gelassen hat, so entstehet daraus keine legale Gewohnheit, vermöge deren sie die Succession prätendiren können (*5). Daß dieses Erforderniß vorhanden sey, erhellet aus geschehenem Widerspruch. Einer will, daß der Actus geschehe, der andere setzt sich entgegen. Jener behauptet, er müsse von Rechtswegen geschehen, dieser giebt nach (*6). Vergleiche also beweisen keine Gewohnheit, wenn sie nicht auf die Gewohnheit gegründet gewesen sind (*7). e) Die Actus müssen nicht unterbrochen seyn. Wenn einigemal der Satz befolgt, zu andern Zeiten aber nicht befolgt worden ist: so läßt sich keine Gewohnheit annehmen. f) Behauptet jemand, eine Handlung müsse vermög einer Gewohnheit so geschehen, und sey ungültig, wenn sie anders geschehe, z. E. Eheverlöbnisse müßten, wenn sie gelten sollten, vor Zeugen geschlossen werden: so muß er noch beweisen, daß Actus auf andere Art geschehen, und ihnen die Bestätigung versagt, sie annulliret, wohl gar mit einer Strafe belegt worden seyn (*8). g) Die Gewohnheit muß sich nicht auf einen offenbaren Irrthum gründen. Man hatte vormals und hat zum Theil noch jetzt in der Praxis Sätze, die aus einem evidenten Irrthum hergeflossen sind. Dergleichen Gewohnheiten sind nicht legal (*9). h) Muß sie nicht unvernünftig seyn, das heist, der gesunden Vernunft und dem Wohl des Staats nicht widersprechen, wie z. E. die alte Gewohnheit

in

in Erfurt, daß keiner in den Rath kam, der Peter hieß (*10). Hurerey, Ehebruch, Diebstahl und andere Laster mögen so sehr und so lang im Schwange gehen, als sie wollen: so entsteht daraus nie eine gesetzliche Gewohnheit. Ist es aber wohl i) auch nöthig, daß die Gewohnheit im Gericht bestätiget worden sey? Verschiedene behaupten dieß ohne Unterschied, und berufen sich auf L. 34. D. de legibus (*11). Andere sagen, es sey nur erforderlich, wenn die Gewohnheit den geschriebenen Gesetzen zuwider ist (*12). Noch andere aber halten die Vorschrift der L. 34. cit. für einen blosen Rath; sie glauben, es sey gut, wenn man gerichtliche Actus anführen könne, weil es den Beweis sehr erleichtere, aber nicht nothwendig, und dieses nehmen die meiste neuere Practiker an (*13).

4) Woher bekommt die Gewohnheit gesetzliches Ansehen? Von der Billigung des Gesetzgebers. Dieser Consens ist aber mancherley, er ist entweder ein ausdrücklicher oder stillschweigender. Sowohl der eine als der andere ist entweder allgemein oder speciell. Der ausdrückliche specielle macht ein geschriebenes Gesetz; der allgemeine und der stillschweigende ein Gewohnheitsrecht. Wenn nemlich (a) ein Gesetzgeber ausdrücklich sagt: dieser Satz soll als ein Gesetz gelten, so ist consensus specialis expressus, so ist eine lex scripta vorhanden. Wenn (b) der Gesetzgeber ausdrücklich erklärt, daß wohlhergebrachte ehrbare Sitten und Gewohnheiten gültig seyn, und in den Gerichten darauf gesprochen werden soll: so hat er diese Gewohnheiten durch consensum expressum generalem bestätigt. (c) Gesetzt aber der Landesher weiß, daß eine gewisse obligatorische Gewohnheit in seinem Staate beobachtet wird, und verwirft sie nicht: in diesem Fall billiget er sie stillschweigends und besonders (consensu speciali tacito). Endlich wenn (d) der Gesetzgeber nur überhaupt weiß, daß in seinem Staate Gewohnheiten beobachtet und die Unterthanen danach beurtheilt werden; dieß aber nicht verbietet: so billiget er es durch allgemeine stillschweigende Einwilligung (consensu tacito generali) (*14).

5) Was ist die Wirkung des Gewohnheitsrechtes, was hat es für Ansehen? Die legale Gewohnheit ist so gut ein Gesetz, als das geschriebene Gesetz: denn es ist einerley, ob der Gesetzgeber seinen Willen ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen giebt. Daraus folgt denn der Satz: durch die Gewohnheit kann ein geschriebenes Gesetz ganz oder zum Theil aufgehoben werden. So gut als durch ein neues geschriebenes Gesetz ein älteres aufgehoben werden kann, eben so gut kann dieß auch durch eine Gewohnheit geschehen (*15). L. 2. Cod. quae sit longa consuetud. (VIII. 53.) (*16) scheint zwar das Gegentheil zu verordnen, aber es scheint auch nur so. Denn es ist dort nicht die Frage, ob ein älteres Gesetz durch eine neuere Gewohnheit

aufgehoben werden könne, sondern ob man eine alte Gewohnheit durch ein neues Gesetz abschaffen könne, und das letztere wird bejahet (* 17).

(1) *Menoch* de arbitrar. iud. quaest. lib. 2. Cent. 1. Cas. 81. n. 4. *Vinnius* ad §. 9. I. h. t. *Gail.* lib. 2. obs. 31. *Mencken* Gymnas. polem. p. 46. thes. 4. *Voet.* comment. ad pand. tit. de leg. n. 29. *Gundlingiana* part. 7. obs. 3. §. 17. *Kemmerich* diss. de probat. consuetud. et observant. p. 64. Man kann also nicht behaupten, daß zwey Actus zum Beweis einer Gewohnheit in allen Fällen hinreichen. *Reinharth* ad *Christ.* IV. 65. Strube rechtl. Bedenken 1. Theil 309. Seite.

(2) *Gail* und *Mencken* am a. O. *Cocceji* ius controv. tit. de leg. Q. II. *Kemmerich* p. 79. *Cramer* observ. Tom. 3. obs. 847. §. 16. *Reinharth* l. c.

(3) *Hochstetter* diss. de praescriptione consuetudinis. Stuttgard 1777. Meurers juristische Abhandlungen und Beobachtungen. S. 157. u. f.

(4) *Wernher* Tom. 1. Part. 5. obs. 135. p. 1057. Strube 2. Th. 223. Seite.

(5) *Ludolf* symph. Vol. I. cons. 44. p. 1335. *Boehmer* I. E. P. Lib. I. Tit. 4. §. 44. Cramer Nebenst. part. 12. p. 100. Strube 305 Seite.

(6) *Titius* in iure privat. lib. 1. cap. 7. §. 14.

(7) *Berger* Lib. I. Tit. I. thes. 19. not. 4.

(8) *Kemmerich* diss. cit. sect. 2. §. 13.

(9) Z. E. daß die Erbverträge nicht anders gelten, als wann sie vor 5 Zeugen geschlossen werden. Strube am a. O. 244. Seite. *Steenhof* diss. de praxi iudiciorum erronea hat mehr Beyspiele gesammelt.

(10) *Leyser* spec. 9. med. 4. Strube am a. O. 55. Seite. *Pufendorf* tom. I. obs. 43. §. 6. obs. 198. *Wiesand* opusc. pag. 1. sqq. *Müller* ad *Leyser* tom. I. obs. 32. dieß wollen die deutschen Sprüchwörter sagen: Hundert Jahr unrecht ist keine Stunde recht. Mißbrauch ist keine Gewohnheit. Eisenhard Grundsätze des deutschen Rechts in Sprüchwörtern, S. 21. u. f. Beyspiele von unvernünftigen Gewohnheiten s. in der Halsgerichtsordnung Carls V. Art. 20. und 218.

(11) *Hofacker* diss. de iure consuetudinis. Tubing. 1774. cap. 2. §. 38. seqq. Meurer am a. O. S. 125. u. f. Die Worte der L. 34. sind: cum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur: primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicto (besser contradicta *Gundlingian.* Part. 7. pag. 156.) aliquando iudicio firmata sit.

(12) *Berger* oec. iur. lib. 1. tit. 1. thes. 19. *Wernher* sel. obs. for. tom. 2. p. 9. obs. 193. *Kemmerich* diss. cit. sect. 2. §. 12. pag. 77. *Leyser* sp. 9. m. 10. Ein anderes Beyspiel einer sehr unvernünftigen Gewohnheit führt *Wernher* an: sel. obs. for. Tom. 1. Part. 4. Obs. 92.

(13) *Gail* lib. 2. obs. 31. n. 8. *Mascard* de probat. conclus. 427. *Christinaeus* vol. 4. decis. 187. n. 7. 8. *Mevius* ad ius Lubecense, praelim. quaest. 7. n. 19. *Cramer* tom. 3. obs. 847. §. 10. *Frid. Es. Pufendorf* de privileg. cap. 1. §. 29. *Staudinger* diss. de consuetudine contradicto iudicio firmata §. 7. seqq. *Boehmer* decis. et consult. vol. 2. arg. 868. n. 37. arg. 869. n. 15. 16. *Müller* ad *Leyser* obs. 37. et 39.

(14) *Gerh.* von dem *Busch* diss. de consuetudine, unde et quando vim legis obtineat, §. 26. seqq. pag. 49. seqq. welcher überhaupt diese Materie vorzüglich gut

gut abhandelt. Anders erklärt die Einwilligung des Gesetzgebers *Franc. Car. Conradi* diss. de consuetudine legem haud vincente, §. 6. p. 21. sqq.

(15) Doch behaupten viele Juristen,, daß in diesem Falle die Gewohnheit nicht anders gelte, als wenn sie zur Wissenschaft des Landesherrn gekommen sey; andere erfordern, daß er die dem Gesetz zuwider unternommene Handlungen bestätigt habe. Man s. *Kemmerich* diss. cit. sect. 2. §. 11.

(16) Es heist daselbst: consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.

(17) *Averan.* interpret. libr. 2. cap. 1. *Noodt* ad pand. tit. de legib. *Ayrer* progr. de consuetudine legem vincente. Goett. 1764.

§. 59. Heutiger Gebrauch der bisher vorgetragenen Lehren.

1) Wir haben in Deutschland keine Demokratien, wo die Gesetze in solchen Versammlungen wie im Römischen Staate gemacht, und wo Versammlungen des ganzen Volks von Versammlungen der Plebejer unterschieden werden. Also der Unterschied unter legibus centuriatis und plebiscitis fällt weg. 2) In Reichsstädten sowohl, als in Landstädten sind collegia, der Stadtrath, die mit dem Römischen Senate, si licet magna adsimilare parvis, Aehnlichkeit haben. In den Reichsstädten, auch zuweilen in den Landstädten, haben sie das Recht Verordnungen zu machen. Will man dieselbe senatusconsulta nennen: so haben wir diese Gattung von Gesetzen; gewöhnlich aber ist diese Benennung nicht. 3) Die constitutiones principum, welche im Römischen Recht vorkommen, giebt es auch heutigestags. Doch haben die Worte mandata, rescripta, decreta oft andere Bedeutungen, als bey den Römern. Unter den Mandaten versteht man oftmals allgemeine landesherrliche Verordnungen; unter den Rescripten oft auch solche Befehle, die der Landesherr an seine Collegia und Beamte aus eignem Antrieb erläßt; unter den Decreten landesherrliche Befehle, wodurch jemand ein öffentliches Amt erhält, die bey den Römern codicilli hiessen (§. 42.). 4) Unsere öffentliche Bedienten geben zwar Befehle in Amtssachen, aber sie haben nicht die Befugniß, neue Rechtssätze darin aufzustellen. 5) Die Meynungen angesehener Rechtsgelehrten haben grosses Gewicht. Mevius, Carpzov, Lauterbach, Leyser, und andere werden beynahe wie Gesetzgeber respectirt, welches freylich nicht seyn sollte. 6) Was die Autorität der Praxis oder des Gerichtsbrauches, der *praeiudiciorum*, wie man auch spricht, betrifft: so wollen ihr einige Juristen gesetzliche Kraft beylegen (*1); andere sprechen ihr alles Ansehen ab (*2); noch andere aber machen mit Recht einen Unterschied, und behaupten, daß die Praxis offenbaren Irrthümern zwar kein gesetzliches Ansehen geben könne, daß hingegen in zweifelhaften Rechtsfragen die praeiudicia des Gerichtes, wo der Proceß hängt, sodann aber die allgemeine Praxis als ein Gewohnheitsrecht

beobachtet werden müssen (* 3). 7) Auch *mores maiorum*; uralte deutsche Gewohnheiten, sowohl allgemeine, als besondere in einzelnen Ländern, Städten und Dörfern haben wir, die so gut als geschriebene Gesetze gelten. (§. 17.)

(1) *Brunnemann* ad L. 23. D. de LL.
(2) *Gribner* diss. de observantiis collegior. iuridicor. §. 7. in opusc. T. 4. p. 52.
(3) *Leyser* sp. 9. med. 5. 6. *Reinharth* ad *Christin.* vol. I. obs. 3. Strube rechtl. Bed. I. Th. 63. 64. 201. 212. Seite. *Müller* ad *Leyser* Tom. I. Fascic. 1. Obs. 33.

§. 60. Von den drey Rechtsgegenständen.

Wie viel Rechtsgegenstände (*obiecta iuris*) es gebe, ist unter den Rechtslehrern streitig. Der Streit ist aber im Grunde nichts als Logomachie (* 1). Justinian giebt deren drey an: *personas*, *res*, *actiones*, und dabey kann man gar füglich bleiben. Denn alle Rechte, welche einem Menschen zustehen, beziehen sich entweder auf seinen persönlichen Zustand; oder auf äusserliche Dinge, die wir zur Nothdurft, zur Bequemlichkeit oder zum Vergnügen gebrauchen. Jene machen das *ius personarum*, diese das *ius rerum* aus. Es giebt aber noch ein gewisses Mittel, wodurch man im Staate seine Ansprüche verfolgt und geltend macht, die Vorstellung unsers Rechtes bey dem Richter; dieß heist Klage, *actio*. Folglich giebt es drey Rechtsgegenstände, personas, res, actiones. Im ersten Buch der Institutionen wird von den Personen, im zweyten, dritten und den ersten fünf Titeln des vierten Buchs von Sachen, und im sechsten und folgenden Titeln dieses Buches von Actionen gehandelt.

(1) *Huber* digress. lib. 4. C. 1.

TIT. III.

DE IURE PERSONARUM.

§. 61. Begriff des Menschen und der Person.

Dieser Abschnitt enthält zwey Definitionen und einen Folgesatz daraus. Die erste Definition heist: *homo* est, cuicumque mens ratione prædita in corpore humano contingit. Also zu einem Menschen gehört 1) menschlicher Körper; 2) Seele, die der Vernunft fähig ist. Wird etwas vom Weibe gebohren, das keinen menschlichen Körper hat: so heist es monstrum, und hat die Rechte der Menschen, z. E. das Erbrecht nicht. Ob aber ein Körper menschlich sey, ist hauptsächlich aus dem Kopfe zu beurtheilen. Ist dieser menschlich: so macht Mißgestalt der übrigen Glieder die Geburt nicht zum Monstrum, ist er aber nicht menschlich: so ist die Leibesfrucht nicht als Mensch anzu-

anzusehen, wenn auch alles übrige menschliche Gestalt hätte (*1). Die Seele muß der Vernunft fähig seyn. Man glaubt, daß sie es sey, wenn der Körper menschlich ist. Daß sie den wirklichen Gebrauch der Vernunft habe, ist nicht erforderlich. Rasende und Blödsinnige haben die Rechte der Menschen, ob sie gleich die Vernunft nicht gebrauchen können.

Die zweyte Definition ist: *persona* est homo statu civili praeditus. Folglich heist nur der Mensch eine Person, die einen bürgerlichen Zustand, der Rechte im Römischen Staat hat. Mensch und Person sind also wie Geschlecht und Gattung unterschieden. Jede Person ist ein Mensch, nicht jeder Mensch eine Person. Es giebt Menschen, die der Römische Jurist nicht für Personen gelten läßt. Die Sklaven nemlich (§. 62.)

Da die Persönlichkeit eines Menschen von seinem Zustande, und folglich von seinen Rechten abhängt: so sieht man zuweilen mehrere Menschen, weil sie einerley Rechte, einerley Zustand haben, als Eine Person an, und nennt sie eine moralische Person. Eine moralische Person besteht also aus mehreren physischen Personen. Z. E. eine Dorfgemeinde ist eine moralische Person, weil alle einzelne Gemeindsglieder, als Gemeindsglieder betrachtet, einerley Rechte haben. Weil aber auch derselbe Mensch verschiedene Zustände haben, d. i. in verschiedener Rücksicht bald diese, bald andere Rechte haben kann: so kann Ein Mensch zwey und mehrere Personen vorstellen. Z. E. der Kayser stellt eine andere Person als Kayser, eine andere als Erzherzog von Oesterreich vor. Wer das Bürgerrecht in zwey Städten hat, ist eine doppelte Person ꝛc. Mehrere Beyspiele giebt Hert. (*2).

(1) Dieß ist wenigstens die in den Römischen Gesetzen L. 14. D. de stat. hom. und L. 3. C. de post. hered. instit. gegründete Lehre. Ob aber diese Gesetze auf richtigen physiologischen Gründen beruhen, ist eine andere Frage. M. s. *Hartleben* meditat. ad pandect vol. 1. part. 2. spec. 16. med. 2.

(2) *Hert* diss. de uno homine plures sustinente personas, in opusc. Vol. 1. Part. 3. n. 3. *Hommel* rhapsod. Vol. 1. Obs. 285.

§. 62. Begriff des Zustandes.

Person ist ein Mensch, welcher einen bürgerlichen Zustand besitzt. Was ist also Zustand, was ist bürgerlicher Zustand? Zustand heist bey den Rechtsgelehrten eine Eigenschaft, vermöge deren ein Mensch gewisse Rechte besitzt. Also 1) eine Eigenschaft gehört zu dem Zustande; diese mag nun innerlich oder äusserlich, vorübergehend oder beständig seyn; 2) eine solche, aus welcher Rechte entstehen. Andere Eigenschaften kommen bey den Juristen nicht in Betrachtung. Z. E. Minderjährigkeit, Krankheit, Blödsinn, Freyheit sind Eigenschaften, woraus gewisse Rechte fliessen. Der Kranke hat andere Rechte, als der Gesunde; der Blödsinnige andere, als der

Ver-

Vernünftige; der freye Mensch hat Rechte, welche dem Sklaven fehlen. Alle diese Eigenschaften machen also einen juristischen Zustand aus.

Dieser Zustand ist aber zweyerley, entweder natürlicher, oder bürgerlicher. (Man sehe die Tabelle VI. a.) **Natürlicher Zustand** (*status naturalis* heist hier eine natürliche, innerliche, physische Eigenschaft, aus welcher Rechte entstehen; **bürgerlicher** (*status civilis*) eine äusserliche, moralische Eigenschaft, ein **Verhältniß**, welches Rechte nach sich zieht. Z. E. Krankheit, Blödsinn, Minderjährigkeit, weibliches oder männliches Geschlecht gehören zum natürlichen Zustande. Denn diese Eigenschaften liegen in dem **Menschen**, sind **physisch**. Aber daß ich ein freyer Mensch, ein pater familias, ein filius familias, ein **Bürger**, ein Fremder bin, dieß sind blos äusserliche Eigenschaften, Verhältnisse. Sie gehören also zum bürgerlichen Zustand.

Betrachtet man die Menschen im natürlichen Zustand: so sind sie 1) entweder schon gebohrne, oder **Embryonen**, d. i. empfangen, aber noch nicht gebohren. Die Embryonen haben in gewisser Maasse schon die Rechte der Menschen (* 1). Ein Beyspiel davon kommt §. 175. vor.

2) Entweder **Manns-** oder **Weibspersonen**. Die Rechte der letztern gehen in manchen Stücken von den Rechten der erstern ab. Z. E. Weibspersonen gelangen zu keinen öffentlichen Aemtern, auch nicht zur Vormundschaft, ausser über ihre Kinder und Enkel, können sich nicht verbürgen, in Testamenten nicht Zeugen seyn, erben nicht in Lehn- und Stammgütern, die Unwissenheit der Gesetze wird ihnen nicht so sehr zugerechnet, als Mannspersonen; sie haben keine väterliche Gewalt über ihre Kinder, können der Regel nach nicht adoptiren, ihre uneheliche Kinder erben von ihnen meistens eben so wie eheliche ꝛc. (* 2) Die Mannspersonen sind entweder zum Kinderzeugen fähig oder nicht. Die letzte heissen **Spadonen** in allgemeinem Verstande, und sind entweder **Castraten**, **Verschnittene**, oder **Spadonen** in eigentlicher Bedeutung. Spado heißt nemlich in engerem Sinne des Worts ein Mensch, der von Natur einen Mangel an den Zeugungstheilen hat; Castrat oder Verschnittener, der sie verlohren hat. (§. 146).

3) Entweder **Gesunde** oder **Kranke**. Kranke sind entschuldiget, wann sie einen gerichtlichen Termin versäumen, wann sie zur Vormundschaft bestellt werden, man verschont sie mit der Folter und Leibesstrafen (* 3).

4) Entweder mit den Sinnen begabt, oder deren beraubt. Z. E. Die Blinde und Taube haben in vielen Stücken andere Rechte als Sehende und Hörende. Blinde können nicht Vormünder werden, (§. 245.) kein Testament anders, als nach einer besondern Form machen, (§. 469.) bekommen zuweilen einen Curator (§. 222.); von den Taubstummen s. §. 245. 468. und 837.

5) Ent-

5) Entweder vernünftig oder wahnsinnig. Die letztere können keine gültige Verträge schliessen, kein Testament machen, bekommen einen Curator ꝛc. Die Vernünftige haben entweder den vollen Gebrauch ihres Verstandes, oder sind einfältig, stupid. Diese können zwar rechtliche Handlungen gültig vornehmen, doch ist man geneigter, die Einrede des Betrugs und der listigen Ueberredung gegen ihre Geschäfte gelten zu lassen, als bey ganz Vernünftigen.

Die Wahnsinnigen werden in den Römischen Gesetzen in *furiosos* und *mente captos* eingetheilt. Mente captus oder demens heißt einer, welcher seinen Verstand verlohren hat, übrigens sich ruhig hält, furiosus ein Rasender. Der mente captus hat entweder nur einige närrische Grillen, und handelt im übrigen vernünftig, oder er hat den Gebrauch des Verstandes ganz verlohren. Von der ersten Art kenne ich einen im Hospital Hofheim unweit Darmstadt. Dieser spricht und handelt wie ein vernünftiger Mensch. Nur sobald die Rede von Ayrers bekanntem Buche: processus satanae contra Iesum entsteht, welches er besitzt: so fängt er über die darin oft vorkommende Abkürzung: I. V. N. (Jesus von Nazareth) auf das seltsamste zu radotiren an. Zuweilen verstehen indessen unsre Gesetze unter einem mente capto den, der seinen Verstand ohne Hoffnung der Besserung verlohren, und keine Zwischenräume des Blödsinnes hat; unter einem furioso aber einen, der raset, aber doch zu gewissen Zeiten vernünftig ist, oder wahrscheinlich hergestellt werden kann. (*4) S. unten §. 112. und 511.

5) Entweder Minderjährige oder Großjährige. Jene sind entweder mündig oder unmündig. Minderjährig nemlich (minor, minorennis), heißt ein Mensch, ehe er 25 Jahr alt ist; (*a) Großjährig, (maior, maiorennis) wann er das 25 Jahr zurückgelegt hat. Unmündig (impubes) ist eine Mannsperson vor zurückgelegtem vierzehenden; eine Weibsperson vor zurückgelegtem zwölften Jahre. Sind diese Jahre zurückgelegt: so fängt die Mündigkeit (pubertas) an. Doch heißt sie noch zur Zeit die unvollkommene Mündigkeit (*pubertas minus plena*). Die völlige (*plena*) fängt bey Weibspersonen im funfzehnden Jahre an, bey Mannspersonen im achtzehenden. (*b) Man sehe unten §. 217. Die Impuberes sind entweder *infantes* oder *infantia maiores*. Kind, *infans*, heißt der Mensch, welcher noch nicht das siebende Jahr zurückgelegt hat. Infantia maiores sind entweder *infantiae proximi* oder *pubertati proximi*. Wie diese Arten unterschieden sind, ist sehr zweifelhaft, und die Juristen haben mancherley Meynungen darüber (*5). Accursius (*6) aber, dem die meiste neueste Rechtsgehrten (*7) beypflichten, sagt, man muß bey Weibspersonen den Raum vom 7ten bis zum 12ten Jahr halbiren. Wenn eine die Hälfte dieses Weges noch nicht zurückgelegt hat, das heißt, noch nicht

9½ Jahr alt ist: so ist sie infantiae proxima; sind aber diese Jahre vorbey: so heißt sie pubertati proxima. Bey Mannspersonen muß man den Weg vom 7ten bis zum 14ten Jahre halbiren. Haben sie 10½ Jahr zurückgelegt: so sind sie pubertati proximi, vorher aber infantiae proximi (*8). Die Stufen des Alters folgen also dergestalt auf einander,

bey Mannspersonen:

Von der Geburt bis in das 25. Jahr: minor sensu lato.
— — — bis in das 14. Jahr: impubes.
— — — bis in das 7. Jahr: infans.
von 7. bis 10½ — — — — infantiae proximus.
von 10½ bis 14. — — — — pubertati proximus.
von 14 bis 25. — — — — pubes, auch minor sensu stricto, und adultus.
von 14. bis 18. — — — — pubes minus plene.
von 18. bis 25. — — — — pubes plene.
von 25. — — — — — — maior.

bey Weibspersonen:

Von der Geburt bis in das 25. Jahr: minor sensu lato.
— — — bis in das 12. Jahr: impubes.
— — — bis in das 7. Jahr: infans.
von 7. bis 9½ — — — — infantiae proxima.
von 9½ bis 12. — — — — pubertati proxima.
von 12. bis 25. — — — — pubes, auch minor sensu stricto, und adulta.
von 12. bis 15. — — — — pubes minus plene.
von 15. bis 25. — — — — pubes plene.
von 25. — — — — — — maior.

Der bürgerliche Zustand ist entweder Zustand der Freyheit, oder des Bürgerrechts, oder der Familie; (status *libertatis*, *civitatis*, *familiae*.) In Absicht auf den Zustand der Freyheit sind die Menschen entweder Freye oder Sklaven: im statu familiae entweder *homines sui iuris* oder *alieni iuris*; endlich in Rücksicht auf den statum civitatis entweder *cives* oder *peregrini*.

Noch ein Axiom steht im §., welches eine Folge aus dem Begriff einer Person ist. Wer keinen bürgerlichen Zustand hat, ist keine Person, sondern wird in die Classe der Sachen gerechnet. Dergleichen sind nach Römischem Rechte die Sklaven (servi). Sie haben keinen einzigen bürgerlichen Zustand, gar keine Rechte im Römischen Staat; daher werden sie auch nicht als Personen, sondern als Sachen, res angesehen. (* c.)

Anmerkung. Bey den Römischen Juristen heist status civilis fast immer

mer nur dasjenige Verhältniß, das eine Verschiedenheit des gemeinen Rechts (*iuris communis*) wirkt. Daher reden sie nur von drey Civilzuständen, weil nur diese drey eine Verschiedenheit in den gemeinen Rechten nach sich ziehen. Der Freye hat andere gemeine Rechte als der Sklave; denn dieser hat gar keine bürgerliche Rechte; der Bürger hat andere gemeine Rechte als der Fremde; der filius familias andere als der pater familias. Es giebt aber noch viele Verhältnisse, welche eine Verschiedenheit in Ansehung der besonderen Rechte (iurium *particularium*) wirken, welche man denn gar wohl auch status civiles nennen kann; und die von den Römischen Juristen zuweilen wirklich mit dem Namen status belegt werden (* d).

Dergleichen ist, um von mehreren nur einige anzuführen, (1) status existimationis. Mein Name, Ruf, Gerücht, *fama*, *existimatio* heißt das Urtheil anderer Menschen von meinen moralischen Eigenschaften. Legen mir Andere moralische Vollkommenheiten bey: so habe ich einen guten Namen; schreiben sie mir aber moralische Unvollkommenheiten zu: so ist mein Name übel, schlecht. Ein beträchtlicher Schade, den jemand an seinem guten Namen leidet, d. i. wenn jemand einen in hohem Grade bösen Namen hat, heißt Ehrloßigkeit, *infamia*. Diese ist nach der Meynung vieler Juristen zweyerley, entweder *infamia iuris* oder *facti*. Wenn die Gesetze selbst einen Menschen für ehrloß, schändlich, nichtswürdig erklären, weil er eine schändliche Handlung begangen hat: so hat er infamiam iuris. Hingegen wenn jemand Handlungen begeht, die ihn in den Augen vernünftiger, wohldenkender Menschen verächtlich machen, auf die aber doch nicht in den Gesetzen die Strafe der Ehrlosigkeit gesetzt ist: so soll er infamiam facti haben. Ob diese Distinction in den Gesetzen gegründet sey, und ob die infamia facti rechtliche Wirkungen habe, ist bestritten. (*9). Unter den Menschen, die nicht ehrlos sind, giebt es einige, die *levis notae maculam* haben. Wer sind diese? Man bemerke 1) der Ausdruck levis notae macula kommt in der L. 27. C. de inoff. testam. (III. 28.) vor, wo es heißt: die Geschwister könnten querelam inofficiosi anstellen, wenn der Verstorbene einen Erben eingesetzt habe, welcher *infamiae* oder *turpitudinis*, oder *levis notae maculam* habe. 2) Dieses Gesetz ist aus der L. 1. et 3. Cod. Theod. eod. (II. 19.) zusammengeschmolzen, aber sehr verändert und entstellt. Was übrigens in der L. 27. Cod Iust. levis notae macula genennt wird, heißt in der L. 3. Cod. Theodos *levis nota*. 3) Wer sind also die Personen, welche levem notam, oder levis notae maculam hatten? Heineccius (* 10) macht es sehr wahrscheinlich, daß darunter die zu verstehen sind, welche nach dem Papisch-Poppäischen Gesetz sich nicht mit Personen von Senatorischem Stande verheyrathen durften, (§. 125.) also a) Schauspielerkinder (quorum parentes artem ludicram fecerant, b) öffentliche Huren,

und c) Freygelassene. 4) Die Wirkung der levis notae macula war demnach, daß a) solche Leute von der Heyrath mit Personen aus dem ordine senatorio ausgeschlossen waren; b) daß die Geschwister querelam inofficiosi anstellen konnten, wenn sie eingesetzt waren. (§. 473.) Justin und Justinian aber haben die erste Wirkung in der L. 23. C. de nupt. (V. 4.) Nov. 77 Cap. 3. Nov. 89 Cap. 15. gänzlich aufgehoben; und in Ansehung der zweyten ist in der L. 27. C. de inoff. testam die Einschränkung gemacht, daß wegen der Einsetzung eines Freygelassenen die Geschwister nicht sollen klagen können, wenn der Freygelassene dem Patron grosse Wohlthaten erzeigt hat. Also nach dem Justinianeischen Recht besteht die Wirkung der levis notae maculae nur noch darin: daß Schauspielerkinder, öffentliche Huren und Freygelassene nicht mit Uebergehung der Geschwister zu Erben ernennt werden dürfen. Wenn ich meine Geschwister ausschliesse, und eine der obgedachten Personen einsetze: so können die Geschwister das Testament umstossen; den einzigen Fall ausgenommen, wenn ich einen Freygelassenen einsetze, von dem ich grosse Wohltaten genossen habe.

Dieß ist der wahre Römische Begriff von der levis notae macula. Die neuere Juristen aber haben mit diesem Ausdruck noch eine andere, ganz verschiedene Bedeutung verbunden. Sie fanden nemlich in Deutschland viele Gattungen von Menschen, welche, ob sie gleich nichts unerlaubtes und schändliches begiengen, doch verächtlich waren, und weder in Gilden oder Zünfte, noch zu öffentlichen Aemtern zugelassen wurden, ja an einigen Orten nicht einmal das Bürgerrecht bekommen konnten. Dergleichen waren wegen ihrer Geburt uneheliche Kinder, und wegen ihrer Profession, Leinweber, Barbierer, Schäfer, Schweinschneider, Müller, Zöllner, Pfeifer, Trompeter, Bader, Gerichtsknechte, Feldhüter, Nachtwächter, Todtengräber, Bettelvögte, Gassenkehrer, Scharfrichter, Abdecker, ꝛc. Sie legten also diesen Leuten levis notae maculam bey. Durch die Reichsgesetze, Pol. Ordn. vom J. 1577. Tit. 38. Reichsschluß von 1731. §. 4. und Reichsschl. vom 30 April 1772. ist diese levis notae macula fast bey allen benennten Personen abgeschafft worden. Nur bey zwey Gattungen ist noch etwas davon übrig. Nemlich (1) uneheliche Kinder werden ohne Legitimation nicht in Gilden aufgenommen. (§. 143.) Auch schließt sie die Kammergerichtsordnung Part. I. tit 3. §. 1. tit. 30. §. 1. von den Beysitzerstellen aus. Zu andern öffentlichen Aemtern werden sie heutiges Tages an allen Orten, wo man vernünftig denkt, zugelassen. Eben so wenig können (2) Abdecker oder Schinder in Zünfte und Aemter gelangen. Ausser diesen soll, wie der Reichsabsch. von 1577. ausdrücklich sagt, keine Profession oder Handthierung von den Handwerkern ausschliessen. Uebrigens hat diese sogenannte levis notae macula die Wirkung der Römischen nicht. (§. 473.)

Ein

Ein zweyter hiehergehöriger Stand ist der *status clericalis*. Die Geistliche haben in manchen Stücken andere Rechte als die Laien. S. z. E. §. 126. §. 245. §. 838. §. 885. Ein dritter der Militärstand. Die Bürger sind nach Römischem Recht entweder *milites* oder *pagani*; wenn ein Bürger die schuldige Anzahl von Feldzügen gemacht hatte, also zum Kriegsdienst nicht mehr verbunden war: so hieß er *veteranus*. Ein vierter ist der Stand der Personen, welche öffentliche Aemter bekleiden (*status dignitatis*), dergleichen sind magistratus, senatores etc. Ihnen sind die Privatpersonen entgegen gesetzt. Ein fünfter Stand bezieht sich auf den Gebrauch, den ein Mensch von seinem Vermögen macht. In Rücksicht dessen sind die Menschen entweder Verschwender oder nicht. Der sechste auf die Religion. Ein Mensch bekennet sich entweder zur christlichen Religion oder nicht. Im letzten Fall heißt er ein Unglaubiger (*infidelis*), und insonderheit *apostata*, wenn er die christliche Religion verlassen hat. Im ersten Fall ist er entweder ein orthodoxer Christ oder ein Ketzer (*haereticus*). (§. 478.) Von den Rechten dieser verschiedenen Stände wird gelegenheitlich soviel beygebracht werden, als für die Institutionen gehört.

(1) *Iust. Henn. Boehmer* introd. in ius dig. lib. 1. tit. 5. §. 6. Die Schriften von den Rechten der Embryonen s. in der Lipenischen Bibl. art. nascituri. Ausserdem gehört hieher *Al. Arn. Pagenstecher* diss. de ventre, welche dessen aphorism. ad Inst. edit. 3. beygedruckt ist, und *Io. Alb. Spies* diss. de iure hominum nascicturorum.

(2) Ueber die weibliche Rechte hat man viele Schriften. Die neueste und vorzüglichste ist Carl Ludw. Röslin Abh. von den besondern weiblichen Rechten, Stuttgard 1775. und 1777. 2 Theile in 8. Sie ist aber nicht vollendet.

(3) *Io. Henr. Berger* diss. de privileg. aegrotorum, in diss. select. n. 16.

(4) *Vigl. Zuichemus* ad §. 1. Inst. quib. non est permiss. *Vinn.* ad §. 4. I. de curat. *Otto* in not. ibid. *Thomasii* diss. de praesumtione furoris et dementiae §. 7. in collect. diss. tom. 4. p. 352.

(a) Doch wird auch zuweilen das Wort minor in engerer Bedeutung für einen Menschen genommen, welcher mündig, aber noch nicht 25 Jahre alt ist. Man sagt z. E. impuberi tutor, *minori* curator datur. Auch das deutsche Wort mündig wird nicht immer in einerley Verstand genommen. Zuweilen versteht man darunter die Majorenne. *Leyser* sp. 362. med. 5.

(b) §. 4. I. de adopt. L. 14. §. 1. D. de alim. legat.

(5) *Io. Franc. Fara* de essentia infantis, proximi infantiae et proximi pubertati, in tract. tractat. tom. 8. *Hunnius* resolut. lib. 1. tract. 4. quaest. 10. *Vinn.* ad §. 10. I. de inutil. stip. *Io. Harppprecht* ad pr. Inst. de auct. tut.

(6) *Accurs.* ad §. 10. Inst. de inutil. stip. et ad L. 1. D. de novat.

(7) *Cocceii* iur. controv. tit. de pact. Qu. 29. *Vinnius* l. c. *Müller* ad *Struv.* tit. de pact. th. 39. lit. β. *Stryk* ad *Lauterb.* tit. de privat. delict. verb. *pubertati proximis*. *Hellfeld* iurispr. for. §. 130.

(c) Wenn nemlich die Alten eigentlich reden. Denn zuweilen nennen ſie auch die Sklaven, in uneigentlicher Bedeutung, Perſonen. *Vinn.* ad pr. I. h. t.

(d) L. 5. §. 2. D. de extraord. cognit.

(8) Man ſ. vorzüglich *Henr. Moller* diſſ. de eo, q. i. e. circa varias hominum aetates, defenſ. ſub praeſid. *Schachtii* Trai. ad Rh. 1732. recuſ. Helmſtad. 1774.

(9) Verworfen wird die infamia facti von *Donell.* in commentar. iur. civ. lib. 18. cap. 6. *Titio* in iur. privat. Lib. 3. p. 3. §. 11. ſqq. *Strecker* diſſ. de non ente civili, infamia facti, §. 25. ſqq. *Georg Lud. Boehmer* diſſ. de querel. inoff. donat. fratr. §. 10. ſqq. *Einert.* diſſ. praeter unam infamiam iuris nullam exiſtere infamiae ſpeciem §. 6. *Selchov.* ſelect. capita doctrinae de infamia, ſect. 1. §. 3. ſqq. in Elect. iur. germ. p. 444. ſqq. Man bemerke a) daß bey den Römern ſchlechte Handlungen eben ſowohl Verachtung nach ſich zogen, als bey uns, bedarf wohl keines Beweiſes; und wer es nicht glauben wollte, könnte leicht überzeugt werden. Z. B. L. 25. C. ad L. Iul. de adult. ſagt ausdrücklich: cum ancillas compreſſiſſe, et non liberas ſtupraſſe detectum ſit, ex huiusmodi ſententia *gravatam potius opinionem*, quam infamia afflictam eſſe, manifeſtum eſt. Ferner iſt b) gewiß, daß dieſe Verächtlichkeit rechtliche Wirkungen hatte. Dahin gehört, daß ein ſolcher Menſch kein völlig glaubwürdiger Zeuge iſt, L. 3. pr. D. de teſtib. und eine *perſona vilis*, wie L. 11. D. de dol. mal. ſagt, die actionem doli nicht gegen einen *hominem vitae emendatioris* anſtellen kann. Das will ich übrigens c) gern zugeben, und die vorhin angeführte L. 25. zeigt es, daß man dergleichen Menſchen nicht *infames* nennte; ſo wie auch d) daß die ſogenannte infamia facti die Wirkungen der wahren Infamie, infamiae iuris, nicht hatte.

(10) *Heineccii* diſſ. de levis notae macula, in ſyllog. opuſc. pag. 266. ſqq. S. auch *Georg. Lud. Boehmer* diſſ. cit. §. 13. ſq. *Selchov* diſſ. cit. §. 5. Die Einwürfe, welche dagegen *I. H. Boehmer* diſſ. de querela inoff. fratr. conſanguin. §. 16. Ex. ad P. Tom. 2. p. 801. macht, widerlegt *Heineccius* in der Vorrede zu ſeiner ſyll. opuſc. p. XIV. ſqq.

§. 63. Eintheilungen der Menſchen in Abſicht der Freyheit.

Betrachtet man die Menſchen in Rückſicht auf den Zuſtand der Freyheit: ſo ſind ſie entweder **freye Menſchen**, oder **Sklaven, Knechte**, *ſervi*. Die Freye ſind entweder **Freygebohrne** (ingenui), oder **Freygewordene** (libertini). Die Begriffe eines **Freyen, Sklaven, Freygebohrnen** und **Freygewordenen** werden alle im folgenden beſonders erklärt werden.

§. 64. Begriff des Sklaven und Freyen.

Was iſt ein **Freyer**, was ein **Sklave**? Wir müſſen, ehe wir dieſe Fragen beantworten können, zuvor unterſuchen, was die poteſtas dominica, die herrſchaftliche Gewalt bey den Römern war.

Man bemerke alſo 1) die **Gewalt** (*imperium*, *poteſtas*), welche ich über einen andern Menſchen habe, beſteht entweder in dem Recht, über dieſen Menſchen und ſeine Kräfte zu meinem Nutzen nach Gefallen zu diſponiren; oder

oder blos in dem Recht, seine Handlungen zu einem gewissen Zwecke zu lenken. Im ersten Fall heist sie *potestas* in eigenthümlichem Verstande, im letztern aber *imperium* in eigentlichem Sinne. Die Gattungen der potestatis im Römischen Recht sind die Gewalt eines Herrn über seine Sklaven (potestas dominica), die väterliche Gewalt (patria potestas), und die Gewalt des Ehemannes, wofern sich die Frau ihr unterworfen hatte, *si uxor in manum convenerat.* (§ 128.) Gattungen des imperii hingegen sind: das *imperium civile*, oder die Gewalt eines Landesherrn über seine Unterthanen; die Gewalt eines Vormunds über seine Pflegbefohlnen; die heutige Gewalt eines Hausherrn über seine Bediente; des Ehemanns über seine Frau.

2) Der Zustand eines Menschen, der sich in der Gewalt eines Herrn (potestate dominica) befindet, heist die Sklaverey, *servitus.* Die eigentliche Beschaffenheit der herrschaftlichen Gewalt bey den Römern wird im 8ten Titel gezeigt werden (*1).

3) Frey heissen die, welche entweder gar nicht in der Gewalt eines Herren sind, oder doch mit Unrecht darin gehalten werden; Sklaven hingegen diejenige, die sich mit Recht in der herrschaftlichen Gewalt befinden. Hieraus folgt: a) etwas anders ist liberum esse, und etwas anders in libertate vivere. Jemand kann frey seyn, ob er sich gleich in der Gewalt eines Herrn befindet, und also die Freyheit nicht besitzt. Wenn mich z. E. Räuber aufheben, und in die Sklaverey verkaufen: so bin ich frey, ich lebe aber nicht in Freyheit. b) Auch servire oder in servitute esse, und servum esse ist verschieden. Wer sich in einer unrechtmäßigen Sklaverey befindet, servit, in servitute est, aber er ist nicht servus. c) Besitze ich einen Menschen als Sklaven, der doch wirklich frey ist, und sich in einer unrechtmäßigen Sklaverey befinder, ich weiß aber nicht, daß es mit ihm diese Beschaffenheit habe: so sagt man: homo mihi bona fide servit (*2).

(1) Im §. 2. I. h. t. heist es, die Sklaverey sey contra naturam, das heist nicht, sie streite gegen das Naturrecht, sondern sie sey etwas zufälliges, hypothetisches, von Natur seyen alle Menschen frey.

(2) Die vorzüglichste Schrift von dieser Materie ist *Georg d'Arnaud* diss. duae de iure servorum et de his, qui pretii participandi causa sese venundari patiuntur. Leovard. 1744. 4.

§. 65. Rechtssätze vom Sklaven.

Ein Sklave ist ein Mensch; dafür liessen ihn die Römische Gesetze gelten. Sie sagen daher auch, daß er *naturaliter*, d. i. nach dem Naturrecht verpflichtet werde, wenn er einen Contract schliest. (*1) Sklaven und Sklavinnen, die zu nahe Verwandten sind, durften auch einander nicht heyrathen. (*2)

Aber

Aber im Staate ist er ἀπρόσωπος, keine Person. Er hat kein caput, d. i. keinen bürgerlichen Zustand; er ist im Staate als eine Nulle anzusehen, ist bürgerlich tod, hat gar keine Rechte, weder Rechte der Freyheit, noch Familienrechte, noch Bürgerrechte.

(1) L. 14. D. de obligat. et act.
(2) L. 14. §. 2. 3. D. de rit. nupt.

§. 66. Einige Menschen werden als Sklaven gebohren.

Eine gerechte Sklaverey kann auf mancherley Art entstehen. Jemand kann ein Sklave von Geburt an seyn, er kann aber auch frey gebohren seyn, und in die Sklaverey gerathen. Von Geburt an sind Sklaven die Kinder einer Sklavin. Ob dieß dem Naturrecht gemäß sey, ist eine Frage, die nicht hieher gehört. Genug, daß es die Römische Gesetze verordnen. Denn die Sklavinnen sind res, mein Eigenthum, so gut als meine Pferde, Kühe und Schafe. Daher gehört das, was die Sklavin gebiert, eben so gut mein, als was von meinen Stuten, Kühen und Schafen fällt. Partus sequitur ventrem, sagen die Juristen. Wem die Mutter (venter) gehört, dem gehört auch das Kind (partus) als ein Zuwachs.

§. 67. Zuweilen wird ein Freyer zum Sklaven.

Wenn ein freyer Mensch in die Sklaverey fällt: so trägt sich dieses entweder nach dem Naturrecht, oder nach dem Römischen Recht zu. Das Naturrecht erklärt die Kriegsgefangene zu Sklaven. So glaubten wenigstens die Römische Gesetzgeber. Sie sagen, ich kann meinen Feind im Krieg tödten; bediene ich mich also dieses Rechtes nicht, schenke ich meinem Feinde das Leben: so bin ich befugt ihn zum Sklaven zu machen. Aber wie wenig gründlich dieses Raisonnement sey, haben Montesquieu (*1) und Rousseau (*2) gezeigt. Das Recht, meinen Feind zu tödten, habe ich nur alsdann, wenn ich schlechterdings meines Leibes, Lebens oder Vermögens nicht sicher bin, so lange er lebt. Mache ich ihn zum Sklaven: so gebe ich zu erkennen, daß ich auch bey seinem Leben sicher seyn könne. Ich hatte also kein Recht, ihn zu tödten.

Noch ein paar Etymologien zeigt unser Autor an, die im §. 3. I. h. t. vorkommen. Servus soll daher seinen Namen haben, quia *servatus*, non occisus est; mancipium aber quia *manu captum* est.

In der Anmerkung steht, diese und ähnliche Etymologien seyen Reliquien von stoischer Philosophie, die Stoiker hätten bey ihren Herleitungen nicht auf die Sprachregeln gesehen, sondern Allusionen gemacht, und dieses hätten die Juristen, als ächte Stoiker nachgeahmt. Ueber die angebliche Stoicismen in unserm corp. iuris habe ich schon oben meine Meynung gesagt. (§. 18.)

(§. 18.) und wiederhole sie auch hier. Richtig ist übrigens, daß die Römische Juristen seltsame Wortleitungen geben. Sie suchen die einzelne Kennzeichen einer Idee in den Sylben des Worts auf, das diese Idee bezeichnet. *Testamentum* soll daher benennt seyn, weil es eine testatio mentis ist; *mutuum*, quia ex meo fit tuum; *divortium*, weil zwischen solchen Ehegatten eine diversitas mentium sey. Mit eben so vielem Grund litete jemand asinus von dem Griechischen Privativ α und sinus her, weil man einen Esel nicht auf den Schoos setze, und einen Bischof von beissen und Schaf, weil er die Schafe beisse.

(1) Esprit des loix, Livre 15. chap. 2.
(2) Contract social, Livre 1. chap. 4.

§. 68. Fortsetzung.

Nach neuerem Römischen Recht werden 1) Sklaven, diejenige, die sich freywillig als Sklaven verkaufen lassen, in der Absicht, den Käufer um den Kaufschilling zu betrügen, wofern sie älter als 20 Jahre sind. Ein freyer Mensch ließ sich von einem andern Betrüger als Sklaven verkaufen; berief sich hernach auf seine Freyheit; gab vor, der Verkäufer habe ihn in einer unrechtmäßigen Sklaverey gehalten, und wenn er nun los kam, theilte er den Kaufschilling mit seinem Helfershelfer. Ein solcher Mensch soll vermöge eines Senatusconsults, das unter Kayser Klaudius gemacht wurde, zur Strafe ein Sklav bleiben, wenn er über 20 Jahr alt ist (*1). Denn ist er jünger, so wird seinem Unverstand etwas zu gut gehalten. Wie aber, wenn sich ein Mensch aus Noth ehrlich und öffentlich in die Sklaverey begab, wurde er nicht auch dann ein Sklav? Nein, dieß hielten die Römer nicht für erlaubt. Servitus voluntaria pactitia ist im Römischen Recht ganz unbekannt (*2).

2) Kann jemand in die Sklaverey fallen, wenn er gegen seinen Patron undankbar ist. Wenn ich einen Sklaven frey lasse: so heist er mein *libertus*, ich sein Patron. Begeht er gegen mich eine Undankbarkeit, leistet mir das nicht, was er mir schuldig ist, (§. 81. 82.) bezeigt sich stolz und widerspenstig gegen mich, fügt mir Beleidigungen zu: so kann ich ihn in die Sklaverey zurückziehen (*3).

3) Kann man eines Verbrechens wegen ein Sklav, (servus poenae) werden. Nemlich nach den alten Römischen Gesetzen, konnte kein freyer Römischer Bürger am Leben gestraft werden. Weil aber doch das Wohl des Staates Todesstrafen zu erfordern schien: so erklärte man die Delinquenten, welche man am Leben strafen wollte, zuvor für Sklaven, und diese Sklaverey hieß *servitus poenae* (*4). Sie zog die Confiscation des Vermögens natür-

licher Weise nach sich; denn ein Sklav konnte kein Vermögen besitzen. Justinian aber hat nicht nur die servitutem poenae Nov. 22. cap. 8, völlig, sondern auch die Confiscation des Vermögens, doch nur zum Besten der nächsten Verwandten aufgehoben. Er hat nemlich in der Nov. 134. cap. ult. verordnet, daß, wenn ein zum Tode verurtheilter Missethäter Descendenten, Kinder, Enkel, Urenkel ꝛc. oder Ascendenten bis auf den dritten Grad, das heist, Eltern, Groseltern oder Urgroseltern hinterläßt, diese ihn erben und das Vermögen nicht confiscirt werden soll. Wenn aber dergleichen Verwandten nicht vorhanden sind: so hat die Confiscation statt.

Eine Sklaverey, die auf eine der vorhin beschriebenen (§. 69. 70.) Arten entstand, hieß *servitus iusta*, eine jede andere *servitus iniusta*. Wenn also z. E. jemand von Strasenräubern aufgehoben und verkauft wird: so ist er in servitute iniusta. Man verwirre nur nicht servitutem iustam mit einer erlaubten Sklaverey, und servitutem iniustam mit einer unerlaubten. Eine Sklaverey kann erlaubt, gesetzmäßig seyn, und ist doch iniusta Wenn z. E. jemand so viele Schulden hatte, daß er nicht zahlen konnte: so schlug man ihn nach dem alten Römischen Recht den Glaubigern als Sklaven zu. Dieses war eine gesetzmäßige Sklaverey, und doch servitus *iniusta*. Eben so wenn der Vater seinen Sohn verkaufte, welches er nach dem alten Recht thun konnte; (§. 106. n. 2.) oder wenn der Sohn ein Verbrechen, z. E. einen Diebstahl begieng, und der Vater ihn zur Ersetzung des Schadens hingab, (noxae dabat filium) welches er auch zu thun befugt war: (§. 106. n. 3.) so war in beyden Fällen der Sohn in einer erlaubten, von dem Gesetz gebilligten Sklaverey. Indessen war sie doch nicht iusta. Wenn also der Schuldner oder der Sohn aus dieser Sklaverey wieder freygelassen wurde: so war er kein libertinus, sondern ein ingenuus, ein freygebohrner Mensch (*5).

(1) Indessen scheint dieß schon vorher Rechtens gewesen und unter K. Claudius nur bestätigt worden zu seyn. *Ramos* del *Manzano* de venditione liberi hominis ad L. 23. D. de lib. canf. apud *Meermann* in thesaur. tom. 7. p. 201. sqq. Ausführlich handelt von dieser ganzen Sache *d'Arnaud* in der §. 64. angeführten Schrift.

(2) L. 37. D. de lib. cauf. Doch sehe man *Car. Ferd. Hommel* diss. de servitutis per pactum constitutione §. 6. sqq.

(3) *Iac. Henr. Born* diss. de poenis ingratorum libertorum apud Romanos, Lipf. 1738. *Io. Gerh. Schlitte* diss. de eo, quod iust. est circa ingratitudinem cap. 2. §. 1. sqq.

(4) *Noodt* probabil. lib. 3. cap. 12. *Car. Fr. Walch* diss. de donatione capite damnati, (Ien. 1766.) §. 2. S. auch *Richey* vindic. Praet. rom. §. 14. aber vergl. damit *Luzac* obfervat. apologet. pro IC. rom. cap. 4. §. 9.

(5) *Paul* recept. sent. lib. 5. tit. 1. §. 1. L. 2. C. de patribus, qui fil. suos distrax. (IV. 43.) Allein wenn ein Vater seinen Sohn emancipiren wollte: so machte er

er ja doch einen Vertrag mit dem Käufer, daß dieser den Sohn nicht emancipiren sollte, damit er die Patronatrechte nicht über ihn bekäme (§. 158.) War der Sohn nach der Freylassung ein ingenuus, wie konnte Jemand die Patronatrechte über ihn ausüben? Ich gestehe, daß ich mir diesen Zweifel nicht heben kann.

§. 69. Verschiedener Zustand der Sklaven.

Die Sklaven waren in Absicht auf den Staat, auf die bürgerliche Gesellschaft alle gleich; in servorum conditione nulla est differentia, sagt Justinian; denn keiner hatte Rechte, keiner war eine Person, sie waren alle wie Todte. Auch hatte der Herr über einen Sklaven so viel Recht, als über den andern. Indessen verursachten doch die persönliche Eigenschaften der Sklaven im Hause des Herrn einen merklichen Unterschied unter ihnen. Ein Sklav, der eine Kunst oder Wissenschaft verstand, wurde besser gehalten, als einer, der nichts als grobe Handarbeiten thun konnte; einer, der sich durch Fleiß und Treue auszeichnete, wurde werther geachtet, als ein anderer. Auch die *statu liberi* und *coloni* waren besser daran, als andere Sklaven. *Statu liber* hieß ein Sklav, dem die Freyheit nach einer gewissen Zeit oder unter einer gewissen Bedingung versprochen war (*1). Dieser wurde, wenn er ein Verbrechen begieng, nicht als ein Sklav, sondern als ein freyer Mensch bestraft. Nemlich die Sklaven wurden mit andern Strafen belegt, als freye Menschen. Ein freyen Bürger kreuzigte man z. E. nicht, wohl aber einen Sklaven. Mit dem *servo colono* hat es folgende Bewandniß: Ein Sklav, den sein Herr auf sein Landgut gesetzt hat, um es zu bauen, heist *servus adscriptitius*, oder *glebae adscriptus*. Dieser war entweder ein wahrer Sklav, oder er hatte eine Art von unvollkommener Freyheit. Im letzten Fall heist er colonus. Ein solcher colonus hatte das ius connubii, und konnte etwas eigenes besitzen. Wenn er nemlich dem Herrn seine Abgaben entrichtet hatte: so war der übrige Erwerb sein eigen; kurz, er war ungefehr das, was unsre Leibeigne sind (*2).

(1) Ein artiges Exempel einer ancillae statu liberae giebt Tryphoninus in der L. Arescusa 15. de stat. hom. Einer sagte im Testament, meine Sklavin Arescusa soll frey seyn, wenn sie drey Kinder gebohren haben wird. Nun bekam die Sklavin das erstemal ein Kind, das zweytemal drey. Das letzte dieser drey Kinder ist ein freygebohrner Mensch. Denn sobald bey der letzten Niederkunft zwey Kinder zur Welt gebracht waren, war die Mutter frey. Nec enim natura, sagt der Jurist, permisit, simul uno impetu duos infantes de utero matris excedere, ut ordine incerto nascentium non adpareat, uter in servitudine libertateve nascatur. Wenn es möglich wäre, will er sagen, daß zwey Kinder auf einmal aus Mutterleib kämen, und die zwey letzten Kinder der Arescusa wirklich auf diese Weise, in einem Schusse, (*ordine incerto*) herausgekommen wären: so würde es zweifelhaft seyn, welches von beyden frey sey.

Alteserra in ſ. recitationibus in Claud. Tryphonini diſput. libros XXI. pag. 73. ſq. hat die L. 15. (ſo wie faſt alle Fragmente Tryphonins) nur ſehr obenhin und unzulänglich erklärt, und ich unterſchreibe aus Ueberzeugung Hrn. Schotts Urtheil (Critik 1. Band, 668. S.) daß die Recitationen unter die ſchlechteſten Schriften des Alteſerra gehören. Um nichts beſſer iſt ſein Commentar über die Inſtitutionen.

(2) Doch nicht völlig, wie Leyſer Sp. 16. med. 2. glaubt. Man ſ. G. L. Böhmer in praef. ad Tom. 1. Exercit. patern. ad pand. S. XVIII. u. f. f. und *Müller* ad *Leyſer* obſ. 85.

§. 70. Von der heutigen Sklaverey.

Wir haben heutzutage 1) wahre Sklaven im Sinne des Römiſchen Rechts, 2) Leibeigene; 3) freye Knechte und Mägde. Wahre Sklaven ſind die Negerſklaven und die gefangene Türken (*1). Denn da die Türken unſere Kriegsgefangene zu Sklaven machen: ſo verfahren wir mit den ihrigen auf gleiche Weiſe. Die Türkenſklaven trifft man jetzt in Deutſchland wohl nicht an, da wir ſo lange keine Kriege mit den Türken geführt haben. Negerſklaven aber werden zuweilen aus Holland und andern Reichen zu uns gebracht. Beyde Arten von Sklaven ſind nach Römiſchem Recht zu beurtheilen (*2). Denn das Römiſche Recht iſt im ganzen angenommen. Der König in Preuſſen hat dieſe Sätze durch eine eigenhändige Reſolution beſtätiget, indem er erkannt hat, daß ein in Koppenhagen erkaufter und in die Preußiſche Lande eingebrachter Mohr, blos aus dem Grunde, weil er im Preußiſchen lebe, nicht auf die Freyheit provociren könne (*3).

Wir haben aber auch in Deutſchland Leibeigene. Dieſe ſind keine freye Leute, ſondern leben in der Knechtſchaft. Denn der Herr hat auf ihre Perſon ein Eigenthumsrecht. Man kann ſie 1) veräuſſern, verkaufen, verſchenken u. ſ. w. An einigen Orten nur mit dem Gut, an andern auch ohne das Gut. 2) Sie können ohne Erlaubniß des Herrn vom Gut nicht wegziehen, (fundo adſcripti ſunt) und wenn ſie es thun: ſo hat der Herr das Recht, ſie zu vindiciren, das Abforderungsrecht, Beſatzungsrecht. 3) Sie müſſen Dienſte von mancherley Art, Handdienſte und Spanndienſte leiſten; zuweilen gemeſſene, zuweilen ungemeſſene; auch 4) Abgaben entrichten, die man Leibzinſen nennt. 5) Müſſen ſie für die Erlaubniß zu heyrathen an vielen Orten ein Stück Geld bezahlen; es heiſt Bedemund, Hemdſchilling, Frauenzins u. d. g. und 6) bekommt der Herr an manchen Orten etwas aus der Verlaſſenſchaft des Leibeigenen. Dieſes iſt bald ein gewiſſes Stück Geld, bald ein Theil der Mobiliarverlaſſenſchaft, bald etwas anders. Indeſſen ſind ſie doch von den Römiſchen Sklaven unterſchieden. Denn ſie haben das ius connubii, das heiſt, wenn ſie heyrathen, ſo hat ihre Ehe alle Wirkungen, welche die Ehe freyer Menſchen hat. Man ſ. unten §. 126. Sie können

Eigen-

Eigenthum haben. Wenn sie dem Herrn ihre Dienste und Abgaben geleistet haben, und alsdann noch etwas erwerben können: so gehört es ihnen. Ueber dieses ihr Eigenthum können sie auch Contracte, Kauf, Tausch, Miethcontracte schliessen. Endlich haben sie, wenigstens in vielen Deutschen Provinzen, das Recht ein Testament zu machen. Die weitere Ausführung dieser Sache gehört nicht in die Institutionen, sondern in das Deutsche Recht.

Endlich giebt es in Deutschland auch freye Knechte und Mägde, die ihre Dienste einem Herrn vermiethen. Sie sind schuldig, den versprochenen Dienst zu thun, und der Herr ist verbunden, ihnen die ausbedungene Kost und Lohn zu reichen. Wenn sie ihre Schuldigkeit nicht thun: so ist der Herr befugt sie zu züchtigen (*4). Sie haben übrigens alle Rechte anderer freyer Personen.

(1) *Boehmer* de act. sect. 2. cap. 1. §. 10. et not. p. Schmidt Lehrbuch von Klagen §. 254. der zweyten Ausg.
(2) *Summermann* ad Prota pandect. lib. 1. tit. 5. §. 60.
(3) Beyträge zur juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, sechste Sammlung.
(4) Struben rechtl. Bed. 3 Th. 39. Bed. *Müller* ad *Leyser* obs. 86.

§. 71. Eintheilung der freyen Menschen.

Bisher haben wir gesehen, was bey den Sklaven Rechtens war. Wir gehen nun zu den freyen Personen. Diese sind entweder freygebohrne oder freygelassene. Die Rechte der freygebohrnen kommen im vierten, die Rechte der freygelassenen im fünften Titel vor.

TIT. IV.

DE INGENUIS.

§. 72. Was ist ein ingenuus?

Das Wort ingenuus wird in den verschiedenen Zeiten Roms in verschiedenem Verstande genommen. Zu den Zeiten der 12 Tafeln hieß einer nur alsdenn *ingenuus*, wenn sein Vater schon ein freygebohrner Mensch gewesen war. War also mein Vater freygelassen worden: so war ich kein ingenuus. In den mittlern Zeiten heist einer ingenuus, dessen Vater nur frey gewesen war, er mochte nun freygebohren oder freygelassen seyn. Wenn also ein freygelassener Sklav Kinder zeugte: so waren diese ingenui. Endlich in den neuesten Zeiten sah man blos auf die Person der Mutter. War diese eine freye Person, freygebohren oder freygelassen: so waren die

Kinder ingenui, der Vater mochte nun seyn, wer und was er wollte. Also nach dem neuen Römischen Recht ist ein ingenuus ein Mensch, der von einer freyen Mutter gebohren, und nie in einer rechtmäßigen Sklaverey, (servitute iusta) gewesen ist. Der letzte Charakter ist wohl zu bemerken. Denn wenn ich gleich von einer freyen Mutter gebohren, aber in einer rechtmäßigen Sklaverey gewesen bin; so bin ich kein ingenuus mehr, sondern ein libertinus. Hingegen wenn ich von einer freyen Mutter gebohren, und in einer unrechtmäßigen Sklaverey (servitute iniusta) gewesen bin: so bleibe ich ein ingenuus (*1). Man s. §. 68.

Anmerkung. 1) Das Wort ingenuus kommt entweder von *gignere* her; dem ingenuus ist die Freyheit angebohren, ingenita est libertas; oder von *genus*; die Freyheit steckt bey ihm in der Art, in genere

2) Die ingenui heissen zuweilen schlechtweg und vorzugsweise liberi, obgleich die freygelassene auch liberi sind. Z. E. in der angeführten L. 4. heist es, die Menschen seyen dreyerley, *liberi*, *liberti* und *servi*. Offenbar bedeutet hier das Wort liberi die ingenuos (*2).

(1) Saepissime enim constitutum est, sagt §. 1. h. t. natalibus non officere manumissionem.

(2) *Finestres* ad Hermogenian. p. 834. sqq.

§. 73. Fortsetzung.

Ingenuus ist, wer von einer freyen Mutter gebohren ist. Dieses wird in diesem Paragraph noch näher erklärt. Es ist nemlich nicht nöthig, daß die Mutter ihr ganzes Leben hindurch frey war. Wenn sie nur frey war zur Zeit, da sie das Kind concipirte, oder zur Zeit der Geburt, oder während der Schwangerschaft einen Augenblick lang: so ist das Kind schon ingenuus. Man denke sich den Fall, daß eine freye Römische Weibsperson nach der Conception in die feindliche Gefangenschaft fiel; oder daß eine gefangene Römerin in der Gefangenschaft das Kind concipirte, und während der Schwangerschaft wieder frey wurde. In beyden Fällen war das Kind ein ingenuus. Dieser Satz ist, wie der §. sagt, ob favorem ingenuitatis angenommen. Die Gesetzgeber begünstigen die Ingenuität, sie wollen lieber, daß ein Mensch ingenuus, als daß er libertinus sey. Daher erfordern sie nicht, daß die Mutter ihre ganze Lebenszeit hindurch frey gewesen sey, sondern sind damit zufrieden, wenn sie es nur in einem der vorhin bestimmten Zeitpuncte war.

TIT. V.

DE LIBERTINIS.

§. 74. Was ist ein Freygelassener?

Libertinus, ein Freygelassener heist, der von einer rechtmäßigen Sklaverey, servitute iusta, befreyt worden ist. Wenn ich also entweder (*1) als Sklav gebohren, und nachher freygelassen worden bin, oder wenn ich ein Freygebohrner war, und nachher in eine rechtmäßige Sklaverey gerieth, nun aber wieder davon frey werde: so bin ich in beyden Fällen libertinus (*2).

(1) Man s. *Thomasii* diss. de usu pract. distinct. hom. in ingenuos et libertinos C. I. §. II. not. N.

(2) Die vorzüglichste Schrift in dieser Materie ist *Guil. a Loon* Eleutheria sive de manumissione servorum apud Romanos libri 4. Ultrai. 1685. 12. in Poleni thesauro antiq. Tom. III. n. 6.

§. 75. Verschiedene Gattungen der Freygelassenen.

Die Befreyung aus der Sklaverey geschieht bisweilen *ipso iure*, das heist, weil es die Gesetze wollen, ohne Zuthun des Herrn (*1); meistens aber durch die Manumission, oder Freylassung. Ipso iure wurde ein Sklav frey, wenn er den gewaltsamen Tod seines Herrn der Obrigkeit anzeigte; wenn er Krankheitswegen vom Herrn ausgestossen wurde; wenn er einen falschen Münzer, Jungfrauenräuber, oder Deserteur entdeckte; wenn ein jüdischer Sklav die christliche Religion annahm, u. s. w.

Die Manumission ist die Handlung des Herrn, wodurch er seinen Sklaven für frey erklärt. Der Sklav war eine res, eine eigenthümliche Sache. So gut, als ich meine andere Sachen veräussern kann, so gut kann ich auch meinem Eigenthum über den Sklaven entsagen, und ihn frey lassen.

(1) Die Definition eines libertini, pr. I. h. t. qui ex iusta servitute *manumissus* est, ist also nicht adäquat.

§. 76. Die Freylassung ist entweder feyerlich oder nicht.

Man hatte aber zweyerley Arten, einen Sklaven frey zu lassen; feyerliche und nicht feyerliche. Die feyerliche waren grösstentheils in den ältesten Zeiten schon bekannt, die nicht feyerliche wurden erst in den neuern Zeiten üblich. Zu den feyerlichen gehört manumissio *per censum*, *testamentum*, *vindictam*, wozu noch neuerlich manumissio *in sacrosanctis ecclesiis* kam. Nemlich alle 5 Jahre mußte ein jeder Römischer Bürger vor dem Censor erscheinen, seinen

Namen,

Namen, Alter, seine Kinder und sein Vermögen angeben; dieß wurde in ein Protocoll (tabulas censuales) eingetragen; und diese ganze Anstalt hieß census. Wenn nun der Herr seinen Sklaven in das öffentliche Protocoll als einen freyen Menschen einzeichnen ließ: so war dieß *manumissio per censum*. Erklärte der Herr in einem Testament den Sklaven für frey: so war es manumissio *per testamentum*. Und wenn endlich der Herr vor der Obrigkeit, in Rom vor dem Prätor oder Consul, (§. 36.) in den Provinzen vor dem Gouverneur (proconsule) mit gewissen Ceremonien den Sklaven frey ließ: so hieß es manumissio *per vindictam*. Der Name soll daher kommen, weil der erste auf diese Art freygelassene Sklav Vindicius oder Vinder hieß. Endlich *manumissio in sacrosanctis ecclesiis* bestand darin, daß man vor der christlichen Gemeinde in der Kirche den Sklaven für frey erklärte, und ihm einen Freylaßbrief gab, den die Geistliche als Zeugen unterschrieben (*1).

(1) *van Beem* diss. de manumissionibus in S. S. ecclesiis, in *Oelrichs* thesaur. nov. diss. Belgicar. Vol. 2. Tom. 1.

§. 77. Gattungen von beyden Arten.

Die feyerliche Arten frey zu lassen waren bestimmt. Ihrer waren vier, die im vorigen §. beschrieben worden sind. Die nicht feyerliche Arten der Freylassung aber lassen sich nicht zählen; denn so oft der Herr auf irgend eine Weise mit Worten oder Werken erklärte, daß sein Sklav frey seyn sollte; so geschah es. Die gewöhnlichste Arten, ohne Feyerlichkeiten frey zu lassen, hat unser Autor genannt. Sie sind 1) *per epistolam*. Man gab dem Sklaven einen Laßbrief; ein schriftliches Document, daß er frey seyn sollte. Nach Justinians Verordnung sollen 5 Zeugen diesen Laßbrief unterschreiben. 2) *Inter amicos*. Der Herr erklärte in Gegenwart von 5 Zeugen mündlich den Sklaven für frey (*1). 3) *Per convivium*, die Sklaven sassen nicht mit zu Tische, so wenig als bey uns, unter Leuten von einigem Stande, die Knechte und Mägde. Wer also seinem Sklaven erlaubte, mit ihm zu Tische zu sitzen, der erklärte ihn eben dadurch für frey. 4) *Per nominationem filii*. Wenn ich meinen Sklaven vor Gericht beyläufig meinen Sohn nenne: so wird der Sklav zwar dadurch kein Sohn von mir, (denn dazu gehört eine förmliche Adoption) aber doch ein freyer Mensch (*2).

(1) Eine sonderbare Erklärung dieser Manumissionsart s. bey *Io. Cannegieter* ad Ulpian fragm. tit. 1. §. 10. p. 10. am Ende. Es war, sagt er, manumissio testificatione amicitiae facta, cum dominus servum suum in amicitiam recipit.

(2) *Heinecc.* ad *Vinn.* §. 12. I. de adopt. Andere erklären die Sache anderst. *Herm. Cannegieter* obs. p. 215. *Maians.* ad XXX. fragment. I. p. 110. sqq.

§. 78. Rechte der Freygelassenen.

Nach den alten Römischen Gesetzen waren die Rechte aller Freygelassenen einerley. Nemlich alle Freygelassene wurden nicht nur freye Leute, sondern erhielten auch, wenn sie in Rom blieben, das Römische Bürgerrecht. Der Römische König Servius Tullius hatte dieses verordnet. Unter seinen Gesetzen war eines, welches sagte: ut libertini, nisi vellent in patriam redire, ius civium romanorum consequerentur.

§. 79. Fortsetzung.

Als aber die Römer viele Siege über auswärtige Nationen erfochten, und viele Kriegsgefangene machten: so ward die Anzahl der Sklaven in Rom sehr groß. Manche waren so glücklich, von ihren Herren die Freylassung zu erhalten, und darunter war denn eine ziemliche Menge Taugenichtse und liederliches Gesindel. Man hielt es daher zu Augusts und Tiberius Zeiten nicht mehr für rathsam, allen Freygelassenen das Römische Bürgerrecht zu ertheilen, sondern es wurde durch legem Aeliam Sentiam verordnet, daß ein Freygelassener nur alsdann das Römische Bürgerrecht erhalten sollte, wenn er einen unbefleckten guten Namen hatte, und durch legem Iuniam Norbanam, daß er es nicht anders erhalten sollte, als wenn er auf eine feyerliche Art manumittirt worden war. War also ein Sklav einmal wegen eines Verbrechens öffentlich bestraft worden: so konnte er das Römische Bürgerrecht nicht erhalten.

§. 80. Fortsetzung.

Justinian hat diese Gesetze aufgehoben, das alte Römische Recht wieder eingeführt, und allen Freygelassenen das Bürgerrecht ertheilt. Ja er ist noch weiter gegangen, und hat die ganze Distinction zwischen Freygebohrnen und Freygelassenen bis auf das ius patronatus abgeschafft. Dieses Recht also macht nun den einzigen Unterschied unter beyden Arten von Menschen aus.

§. 81. Vom Patronatrechte.

Man versteht darunter den Inbegriff von Rechten, welche ein Patron über seinen libertum hatte. Wenn ich nemlich einen Sklaven frey lasse: so heist er mein *libertus*, ich sein *patronus*. Ein libertus hatte seinem Patron viel zu danken. Er war ihm die Freyheit, ein unschätzbares Gut schuldig. Er hatte es ihm zu danken, daß er eine Person geworden war, und Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft geniessen konnte. Daher wurde der Patron als der nächste Verwandte, als der Vater des Freygelassenen angesehen, und der Freygelassene nahm auch den Namen des Patrons an.

§. 82. Fortsetzung.

Daher war ferner der libertus dem Patron 1) Ehrerbietung schuldig; und wenn er diese verletzte: so konnte er in die Sklaverey zurückgezogen werden. (§. 68.) 2) Der libertus war dem Patron operas officiales schuldig, aber keine fabriles, wenn er sie ihm nicht feyerlich versprochen hatte. Nemlich die Dienste, welche dem Patron blos zur Ehre gereichten, hiessen officiales; die aber, welche ihm einträglich waren, hiessen fabriles. Wenn z. E. der Patron um ein obrigkeitliches Amt nachsuchte, und als Candidat auf das Marsfeld gieng: so mußten ihn seine Freygelassene begleiten, und dieß war eine opera officialis. Wenn hingegen der Freygelassene dem Patron Schuhe oder Kleider verfertigte: so leistete er ihm operas fabriles. 3) Erbte der Patron von dem Freygelassenen, wenn dieser ohne Kinder starb, zuweilen das ganze Vermögen, zuweilen ein Drittheil, wie in dem Titel de successione libertorum (Lib. 3. Tit. 8.) gezeigt werden wird.

§. 83. Vom heutigen Gebrauch dieser Materie.

Daß wir die verschiedene Arten der Römischen Manumissionen heut zu Tage nicht haben, ist ausser Zweifel. Wer einen Leibeigenen frey lassen will, giebt ihm ein Document, das ein Laßbrief heißt, und ein solcher Leibeigener ist nun so frey, als ein anderer Mensch; das Patronatrecht über ihn fällt weg. Ob aber dieß auch behauptet werden könne, wenn jemand einen Negersklaven frey läßt, daran zweifle ich. Ich glaube, daß in diesem Fall das Römische Recht angewandt werden müsse; folglich dem Freylasser die Patronatrechte über den Freygelassenen allerdings zustehen.

§. 84. Klagen aus dem Zustand der Freyheit.

Aus dem Zustand der Freyheit entstehen vier Klagen. 1) *Actio praeiudicialis de statu libertatis negativa* (*[1]), wenn der Herr gegen den Sklaven klagt, der sich für einen freyen Menschen ausgiebt, und im Besitz der Freyheit ist. Der Herr muß bey dieser Klage seine herrschaftliche Gewalt (potestatem dominicam) beweisen. 2) *Actio praeiudicialis de statu libertatis affirmativa.* Ein freyer Mensch, der sich in einer ungerechten Knechtschaft befindet, stellt sie gegen seinen anmaßlichen Herrn an, und bittet, daß man ihn für frey erkläre. Auch hier muß der Kläger den Beweis seines Klaggrundes führen, nemlich die Freyheit beweisen. Nach dem alten Römischen Recht konnte er nicht selbst klagen, sondern ein anderer mußte es thun, welcher assertor hieß. Allein nach der angeführten L. 1. Cod. de assert. toll. (VII. 17.) kann er in eigener Person, oder auch durch einen Bevollmächtigten klagen. Beyde Klagen werden übrigens unter dem Namen *liberalis causæ* begrif-

begriffen, und können auch bey Leibeigenen angewendet werden; oder wie die Juristen reden, sie haben bey den Sklaven directe, bey den Leibeigenen utiliter statt. Wenn sich nemlich mein Leibeigener für einen freyen Menschen ausgiebt: so kann ich ihn *actione de libertate negativa utili* belangen, und wenn ein freyer Mensch mit Unrecht als Leibeigener behandelt wird: so kann er *actionem de libertate affirmativam utilem* anstellen. Die dritte hieher gehörige Klage ist *actio de ingenuitate negativa*. Wenn sich mein Freygelassener die Rechte eines ingenui anmaßt, und sich im Besitz derselben befindet: so stelle ich diese Klage gegen ihn an, und bitte, ihn für meinen Freygelassenen zu erklären, und mir die Patronatrechte über ihn zuzusprechen. Endlich die vierte ist *actio de ingenuitate affirmativa*. Sie wird von einem Freygebohrnen angestellt, wenn sich jemand mit Unrecht die Patronatrechte über ihn anmasset, und in deren Besitz ist. Das Gesuch ist: den Kläger für einen freygebohrnen Menschen zu erklären, und dem Beklagten zu befehlen, daß er sich des angemaßten Patronatrechts enthalte.

(1) Einige, z. E. *Suendendoerfer* de act. forens. cap. 2. art. 1. 2. und Schmidt in seinem Lehrbuche von Klagen, §. 249. der 2 Ausg. nennen die Klage, welche der Herr anstellt, affirmativam, und die entgegen gesetzte negativam.

TIT. VI.

QUI ET EX QUIBUS CAUSIS MANUMITTERE NON POSSUNT.

§. 85. Die Freylassungen sind durch das Aelisch-Sentische Gesetz eingeschränkt.

In den letzten Zeiten des Freystaates, als der Luxus und das Verderben der Sitten überhand nahm, fiengen die Römer an, auch in den Freylassungen der Sklaven auszuschweifen. Wenn z. E. ein Sklav seinem jugendlichen Herrn in allen Lastern und Ausschweifungen behülflich war: so hielt er sich die Manumission zur Belohnung aus. Ein verschuldeter Herr ließ oft seine Sklaven los, um nach ausgebrochenem Concurs bey ihnen eine Zuflucht zu finden, that aber eben dadurch seinen Gläubigern einen offenbaren Schaden. Daher wurde im Jahr 757. die schon vorhin (§. 79.) angeführte lex Aelia Sentia gemacht, welche, ausser den dort angezeigten Verordnungen, auch folgende zwey enthielt.

§. 86. Fortsetzung.

Daß 1) die von einem verschuldeten Menschen zum Schaden seiner Gläubiger geschehene Freylassung ungültig seyn sollte; 2) daß ein Mensch vor dem zwanzigsten Jahre seines Alters nicht anders manumittiren sollte, als vor ei-

nem dazu bestellten Collegium, dem er eine hinlängliche Ursache der Freylassung anzeigen und beweisen mußte.

Anmerkung. Lex Aelia Sentia hat noch mehrere Verordnungen enthalten. Unser Autor hat in seinen Antiquitäten am a. O. 14 Capitel dieses Gesetzes gesammlet, und mit einem Commentar erläutert.

§. 87. Abschaffung dieses Gesetzes.

Justinian hat die legem Aeliam Sentiam zum Theil abgeschafft. Denn nach diesem Gesetz konnte ein Mensch vor dem zwanzigsten Jahre nicht anders manumittiren, als unter den Lebendigen. Er mußte vor dem Manumissionscollegium erscheinen, und die Ursache der Manumission darthun. Also in einem Testament konnte er gar nicht manumittiren. Justinian aber hat dieses erlaubt. In den Institutionen giebt er einem Menschen nach zurückgelegtem 17ten Jahre die Erlaubniß im Testament freyzulassen. In der Nov. 110. geht er noch weiter, und verstattet dieses jedem, so bald er nur mündig ist. In so weit also ist lex Aelia Sentia aufgehoben. Hingegen was die Manumission unter den Lebendigen betrifft: so hat Justinian an diesem Gesetz nichts geändert (*1).

(1) *Branchu* obs. iuris cap. 8.

TIT. VII.

DE LEGE FUSIA CANINIA TOLLENDA.

§. 88. Auch das Fusisch-Caninische Gesetz schränkte die Freylassungen ein.

Ein zweytes Gesetz aus Augusts Zeiten, wodurch man die allzuhäufige Manumissionen einzuschränken suchte, war lex Fusia Caninia. Es betraf die in Testamenten enthaltene Freylassungen. Die Römer liessen zuweilen aus übelverstandener Barmherzigkeit oder aus Ehrbegierde auf dem Todbette alle ihre Sklaven frey. Denn die Freygelassene begleiteten die Leiche, und eine grosse Anzahl derselben gab dem Verstorbenen das Ansehen eines reichen und zugleich freygebigen Mannes. Unter diesen Leichenbegleitern waren nun oft, wie Dionys von Halicarnaß sagt, die schändlichsten Bursche, Leute, die einige Tage zuvor erst aus dem Gefängniß entlassen worden waren, Leute, die den Tod mehr als Einmal verdient hatten. Lex Fusia Caninia verordnete daher, daß man nur eine gewisse Zahl seiner Sklaven im Testament sollte freylassen können. 1) Wer 10 oder weniger Sklaven hatte, durfte nur die Hälfte manumittiren. 2) Wer zwischen 10 und 30 besaß, konnte ein Drittel davon frey-

freylassen. 3) Hatte jemand zwischen 30 und 100: so konnte er dem vierten Theil die Freyheit geben. 4) Wenn einer zwischen 100 und 500 hatte: so durfte er den fünften Theil los lassen. 5) Hatte jemand endlich über 500 Sklaven: so durfte er 100, und nie mehr, manumittiren (*1).

(1) Umständlich handelt von der lege Fusia Caninia *Maiansius* in disp. pag. 58. sqq.

§. 89. Aufhebung dieses Gesetzes.

Justinian hat auch dieses Gesetz aufgehoben. Der Grund, den er anführt, ist: es sey unbillig, einem Sterbenden zu verbieten, was ein Mensch bey gesunden Tagen thun dürfe. Da also ein Gesunder alle seine Sklaven freylassen könne: so müsse dieses auch einem Sterbenden erlaubt seyn. Allein dieser Grund ist nichts weniger, als bündig. Einem Gesunden braucht man das manumittiren nicht zu verbieten, es streitet mit seinem Vortheil, er braucht seine Sklaven. Ein Sterbender hingegen kann leicht durch Barmherzigkeit oder Ehrgeitz verleitet werden, mehr Sklaven frey zu lassen, als dem allgemeinen Besten zuträglich ist (*1).

(1) *Ephr. Gerhard* diss. de lege Fusia Caninia, a Iustiniano sublata, (Ien. 1707.) §. 15. 16. Die Ursachen, welche den Justinian bewogen, die alte Gesetze über die Manumissionen aufzuheben, untersucht *Quirin. Gottfr. Schacher* diss. de Iustiniano manumissionum fautore, Lipsi. 1735.

DE STATU CIVITATIS.

§. 90. Eintheilung der Menschen in Rücksicht auf diesen Zustand.

Der zweyte status civilis ist status civitatis (§. 62.). In Rücksicht auf diesen Zustand sind die Menschen entweder Bürger oder Nichtbürger, Fremde; aut *cives* aut *peregrini*. In den alten Zeiten Roms war dieses eine Distinction von der größten Wichtigkeit. Denn das Römische Bürgerrecht (ius civitatis romanae, ius Quiritium) begriff sehr grosse und ansehnliche Rechte. Das ius civitatis publicum begriff das ius census, militiae, tribus, suffragiorum, honorum; das ius civitatis privatum aber das ius sacrorum, agnationis, gentilitatis, usucapionis, commerciorum, connubii, patriae potestatis, hereditatis. Hier ist nicht der Ort, dieß alles aus einander zu setzen. Man findet die Ausführung bey Sigonius (*1) und in unsers A. Antiquitäten (*2).

In den alten Zeiten hielt es sehr schwer, wenn ein Volk das Römische Bürgerrecht erhalten wollte. Zuerst bekamen es in gewisser Maasse die Einwohner von Latium; nachher die sämmtliche Bewohner Italiens; endlich gab

ein Kayser Antoninus die Verordnung, daß alle freygebohrne Unterthanen des Römischen Reichs das Römische Bürgerrecht haben sollten. Ob M. Aurelius Antoninus, oder Antoninus Caracalla der Urheber dieser Verordnung ist, desgleichen ob Menschenliebe oder Eigennutz deren Grund war, ist zweifelhaft. Spanheim und andere (* 3) halten den K. Caracalla für den Gesetzgeber, und Geiz für den Grund des Gesetzes. Nach dieser Meynung hatte Caracalla keine andere Absicht, als daß alle Römische Unterthanen die Abgaben bezahlen sollten, die bisher nur von Römischen Bürgern entrichtet worden waren (* 4). Als Justinian den Unterschied zwischen Freygebohrnen und Freygelassenen aufhob: (§. 80.) so erhielten nun auch die Freygelassene das Römische Bürgerrecht. Der Unterschied zwischen Bürgern und Fremden verlohr also seinen Nutzen grösstentheils; nicht gänzlich, denn in Ansehung der Ausländer, die keine Römische Unterthanen waren, behielt er seine Wirkungen. Justinian hat übrigens seiner in den Institutionen gar nicht gedacht, entweder weil er ihn nicht für sehr erheblich hielt, oder weil er ihn zum Römischen Staatsrecht rechnete, welches er in den Institutionen nicht vortragen wollte.

(1) *Sigon.* de antiquo iur. civ. rom. lib. 1. cap. 6. sqq.
(2) Adpend. lib. 1. cap. 1. §. 23. sqq. S. auch *Franc. Car. Conradi* commentat. acad. de iure Quiritium a civitate romana non diverso, Helmst. 1734. *Corn. Valer. Vonck* observat. miscell. p. 104. *Püttmann* ad *Mascov.* opusc. p. 108.
(3) *Ez. Spanheim* in orbe rom. Exerc. 2. Cap. 1. sqq. *I. F. W. Pagenstecher* select. iur. quaest. num. 4.
(4) Man s. aber *Io. Paul. Mahner* comment. de M. Aurelio Antonino, constitutionis de civitate universo orbi romano datae auctore, Hal. et Helmst. 1772. 8. worinn verschiedene nicht unerhebliche Zweifel gegen die Spanheimische Meynung vorgetragen werden.

§. 91. Heutiger Gebrauch dieser Eintheilung.

In Deutschland hat man nie einen so grossen Unterschied, zwischen Bürgern und Nichtbürgern gemacht, als bey den Römern. Man hat den Fremden den Gebrauch des gemeinen Rechts nicht versagt. Nur hatte man bey den Franken das *ius albinagii*, vermöge dessen die Güter eines verstorbenen Fremden dem königlichen Fisco zufielen. Nachdem Kayser Friedrich II. in der *Auth. omnes peregrini* Cod. commun. de succeſſ. (VI. 59.) dieses Recht aufgehoben hat (* 1): so haben die Fremden in Deutschland, der Regel nach, dieselbe Rechte, wie die Bürger eines Staates. Ich sage der Regel nach. Eine Ausnahme leidet diese Regel. Die Fremde haben in Deutschland dieselbige Rechte, welche den Bürgern zustehen, wenn durch specielle Gesetze den Bürgern besondere Vorrechte vor den Fremden zugestanden werden. Dergleichen Gesetze giebt es in Deutschland, und zwar dreyerley. Einige

nige betreffen das ganze Deutsche Reich, andere die einzelne Provinzen, noch andere einzelne Orte. Daher giebt es in Deutschland ein dreyfaches Bürgerrecht; das allgemeine deutsche, das provinziale und das locale.

Das allgemeine deutsche ist der Inbegriff der Rechte, welche einem aus dem Grunde zustehen, weil er ein Unterthan und Mitglied des Deutschen Reichs ist. Und dieser Rechte sind wenige. a) Vermöge der Kayserlichen Wahlkapitulation sollen zu des Kayfers und Reichsämtern nur Deutsche gelangen; b) der Kayser soll niemand in den Fürsten- oder Grafenstand erheben, als wer dem Deutschen Reich unterworfen ist; c) die geistliche Beneficien sollen an Deutsche vergeben werden. Endlich d) nimmt der Deutsche Orden nur Deutsche auf. Das Provinzialbürgerrecht begreift die Rechte, welche einem zukommen, weil er der Einwohner eines Deutschen Territoriums, und der Unterthan eines Landesherrn ist. Die Landeskinder haben z. E. an den meisten Orten ein vorzügliches Recht auf Beförderungen und Stipendien. Auch in einigen Provinzen haben die Einheimischen das Abtriebsrecht, oder den Vorzug vor einem Fremden, wenn liegende Güter verkauft werden. Endlich das locale Bürgerrecht ist der Inbegriff der Rechte, welche einem zustehen, weil er Bürger einer Stadt, oder Mitglied einer Dorfgemeinde ist. Dieses führt mancherley Vortheile mit sich, das Recht an den gemeinen Nutzungen, (rebus universitatis) Waidgang, Beholzigung u. d. g. Theil zu nehmen, öffentliche Aemter in der Gemeinde zu bekommen; zuweilen auch das Recht ein Haus an dem Ort zu besitzen; bürgerliche Nahrung zu treiben u. s. w. In den Reichsstädten ist es wichtig. Engau und Meister in den angeführten Schriften haben dieß alles wohl auseinander gesetzt.

(1) Nur gegen die Franzosen, die in Deutschland starben, hat man es noch ausgeübt, bis es in den neuern Zeiten durch Conventionen zwischen der Crone Frankreich und fast allen Deutschen Reichsständen aufgehoben worden ist. Schlözers Briefwechsel 52 Heft, 272 Seite.

TIT. VIII.

DE HIS, QUI SUI VEL ALIENI IURIS SUNT.

§. 92. und 93. Eintheilung der Menschen im Familienzustande.

Der dritte bürgerliche Zustand ist der *status familiae*. Man bemerke: (1) das Wort familia wird im Römischen Recht entweder von Personen, oder von Sachen gebraucht (* 1). Wenn man es von Sachen braucht: so versteht man darunter den Inbegriff aller Dinge, die ein Mensch in seinem Vermögen hat, insonderheit die Verlassenschaft eines Verstorbenen. So sa-

gen

gen z. E. die Gesetze der 12 Tafeln: pater familias uti legassit super *familia* sua, ita ius esto. In den Pandecten handelt ein Titel: de *familia* herciscunda, d. i. von Theilung der Verlassenschaft. Braucht man es hingegen von Personen: so bedeutet es a) die sämmtliche Sklaven, die ein Herr in seinem Hause hat. Diese Bedeutung kommt sehr häufig vor. Man versteht auch b) einen Complexus von Agnaten darunter; oder von Personen, die von einem gemeinschaftlichen Stammvater durch Mannspersonen abstammen. (§. 119. Note. Endlich bedeutet es c) eine Haushaltung, eine Gesellschaft, die aus der ehelichen, elterlichen und hausherrischen, oder wenigstens aus zweyen derselben zusammen gesetzt ist. Wenn nemlich Ehegatten mit Kindern, oder Ehegatten mit Gesinde, oder Eltern, Kinder und Gesinde zusammen leben: so ist eine Familie vorhanden und diese letzte Bedeutung liegt in gegenwärtigem Titel zum Grunde.

2) In Absicht auf den Familienzustand sind die Menschen entweder sui oder alieni iuris. Man denke sich nemlich eine Familie, eine Haushaltung. In diesen sind Personen, welche befehlen, und andere, welche gehorchen. Die ersten heissen homines *sui iuris*, *patres familias*, *matres familias*; die letzten heissen alieni iuris, und diese sind von zweyerley Art, entweder Söhne und Töchter, die unter der väterlichen Gewalt stehen, *filii*, *filiaeve familias*, oder Sklaven, *servi*, welche einem Herrn unterworfen sind. Also pater familias oder homo sui iuris heißt ein Mensch, welcher weder unter der Gewalt eines Vaters, noch eines Herrn steht, und, im Fall er eine Haushaltung hat, darin zu befehlen befugt ist. Daß er eine Haushaltung, daß er eine Frau, daß er Kinder oder Sklaven habe, ist nicht schlechterdings erforderlich. Ein unmündiges Kind ist pater familias oder homo sui iuris, wenn es ein freyer Mensch, und der väterlichen Gewalt nicht unterworfen ist.

3) Die Eintheilung der Menschen in sui und alieni iuris ist von der in Freye und Sklaven verschieden. Denn a) ist zwar ein jeder homo sui iuris auch frey, und b) ein jeder Sklav ist homo alieni iuris. Aber c) nicht alle freye Menschen sind sui iuris. Die filii familias sind freye Menschen, aber doch nicht ihre eigene Herrn, nicht homines sui iuris. Auch d) nicht alle homines alieni iuris sind Sklaven. Denn die filii familias sind alieni iuris, aber keine Sklaven. Im gegenwärtigen 8ten Titel wird von der herrischen Gewalt (potestate dominica), im folgenden 9ten von der väterlichen Gewalt (potestate patria) gehandelt werden.

(1) L. 195. D. de V. S. *Püttmann* interpret. et observat. cap. 6. p. 20. sqq.

§. 94. 95. Rechte des Herrn über seine Sklaven.

Die Sklaven wurden als Sachen angesehen, als Eigenthum; alle Rechte

Rechte also, die ein Herr über seine andere eigenthümliche Sachen hat, hat er auch über seine Sklaven. Daher hatte ein Römischer Herr 1) das Recht über Leben und Todt des Sklaven, das heißt, er hatte eine Hausjurisdiction, (iurisdictionem domesticam) die sich bis auf das Recht Todtesstrafen zu dictiren erstreckte. Also die Gewalt, den Sklaven ohne gerechte Ursache, blos aus Muthwillen oder Leidenschaft zu tödten, hatte er nicht. 2) War er befugt, den Sklaven zu veräussern. Die Sklaven waren eine Waare; man konnte sie verkaufen, verschenken, vertauschen, vermachen. 3) Die Sklaven hatten nichts eigenes. Alles, was einem Sklaven geschenkt oder vermacht wurde, was er durch Handel, durch Handarbeit, oder auf andere Weise erwarb, gehörte dem Herrn.

§. 96. Abschaffung des Rechts über Todt und Leben.

Als die Römer ihr ius vitae et necis über die Sklaven zu mißbrauchen anfingen, und sie oft ohne hinlängliche Ursache, in der Hitze des Zorns massacrirten: so wurden verschiedene Gesetze gegen diese Ausschweifung gegeben. Der Bürger muß zwar im Staat über sein Eigenthum ungestört disponiren können, aber der Staat ist auch befugt, ihm den Mißbrauch zu verwehren. Hadrian und Antoninus Pius verboten daher die Sklaven zu tödten. Constantin M. verordnete, daß ein Herr, der einen Sklaven vorsetzlich, oder durch die Marter der Folter umbrächte, als ein Todtschläger bestraft werden sollte. Die Strafe des Todtschlags aber war nach dem Cornelischen Gesetze de sicariis, veneficis et parricidis vom Jahr 621. das Exilium; und in den folgenden Zeiten die Todtesstrafe, wenn der Thäter von niedrigem Stande; die Deportation aber, das heißt, die Verweisung auf eine Insul, wenn er von höherm Stande war. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß in solchen Fällen, wo man einen freyen Menschen ungestraft tödten darf, man diese Befugniß auch gegen seinen Sklaven habe. Dahin gehört, wenn mich mein Sklav angreift, daß ich mich meines Lebens gegen ihn wehren muß, (§. 1047.) desgleichen, wenn ich den Sklaven im Ehebruch mit meiner Frau antreffe. (§. 1255.)

Das Recht, die Sklaven zu züchtigen, ist dem Herrn zwar nicht genommen worden. Aber wenn der Herr darin ausschweift: so kann sich der Sklav bey der Obrigkeit beschweren. Schon August verordnete dieses, und Antoninus Pius setzte noch hinzu, daß ein Herr, der unerträgliche Härte gegen seinen Sklaven ausübte, gezwungen werden sollte, ihn zu verkaufen.

§. 97. Heutiger Gebrauch.

Die Verordnungen des Römischen Rechts haben noch heutzutag bey den wahren Sklaven statt. (§. 70.) Wer z. E. einen gefangenen Türken oder Ne-

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

gersklaven besitzt, der hat das Recht ihn zu veräussern, und alles sich zuzueignen, was der Sklav erwirbt. Das Recht über Leben und Todt aber hat er nicht, sondern nur das Recht mässig zu züchtigen. Auf Leibeigene läßt sich das Römische Recht nicht anwenden, diese werden nach Deutschen Landesgesetzen und Gewohnheiten beurtheilt.

TIT. IX.

DE PATRIA POTESTATE.

§. 98. Uebergang zu diesem Titel.

Die homines alieni iuris sind entweder Sklaven oder filii familias. Jene stehen unter der herrschaftlichen, diese unter der väterlichen Gewalt. Die Beschaffenheit der herrschaftlichen Gewalt ist im vorigen Titel gezeigt worden. Gegenwärtiger Titel handelt die wichtigere und practischere Lehre von der väterlichen Gewalt ab.

§. 99. Was ist die Römische väterliche Gewalt?

Um die Lehre von der väterlichen Gewalt gründlich einzusehen, wollen wir 1) ihre Beschaffenheit nach dem Naturrecht, (§. 99.) 2) nach dem alten Römischen, (§. 100. 101.) 3) nach dem neuen Römischen, (§. 102. 103.) und 4) nach dem Deutschen Recht (§. 104.) kennen lernen.

Die elterliche Gewalt ist schon im Naturrecht gegründet. Ueber ihr wahres Fundament streiten die Naturrechtslehrer. Ich glaube, daß es in der Verbindlichkeit zur Erziehung zu suchen ist. Die Kinder können ohne Erziehung nicht aufwachsen, wenigstens nicht brauchbare und vernünftige Menschen werden. Zu der Erziehung aber sind offenbar die Eltern verbunden, weil sie den Kindern die Existenz geben. Die Erziehung kann nicht geschehen, wenn die Eltern nicht befugt sind, die Handlungen der Kinder zu lenken, ihnen vorzuschreiben, was sie thun und lassen sollen. Dieß also, das Recht auf alle Mittel, ohne welche die Erziehung nicht geschehen kann, oder das Recht, die Handlungen der Kinder zu lenken, in so weit es der Zweck der Erziehung erfordert, ist die elterliche Gewalt nach dem Naturrecht.

Sie ist folglich sehr von der Römischen väterlichen Gewalt unterschieden. Denn die elterliche Gewalt des natürlichen Rechts ist weiter nichts, als eine Oberherrschaft, (imperium) (§. 64.) oder ein Recht, die Handlungen der Kinder zur Erreichung eines gewissen Endzweckes zu dirigiren. Hingegen die väterliche Gewalt des Römischen Rechts enthält ausser dem *imperio* auch noch

ein

ein *dominium*, oder wenigstens ein Recht, das dem Eigenthumsrecht sehr nahe kommt. 2) Haben nach dem Naturrecht beyde Eltern Gewalt über die Kinder, die Mutter eben so gut, als der Vater, nach dem Römischen Recht aber hat der Vater diese Gewalt allein. (* 1) 3) Schränkt sich die elterliche Gewalt nach dem Naturrecht blos auf die Erziehungsmittel ein; das Römische Recht aber giebt dem Vater Rechte, die zur Erziehung nicht erforderlich sind. 4) Nach dem Naturrecht hört die elterliche Gewalt auf, so bald die Kinder keiner Erziehung mehr bedürfen; sie geht also nicht auf die Enkel; denn wenn mein Sohn in dem Alter ist, wo er Kinder zeugen kann: so hat er keine Erziehung mehr nöthig. Hingegen nach dem Römischen Recht dauert die väterliche Gewalt so lange, als der Vater lebt; wenn er anders die Kinder nicht emancipiret. Daher hat auch der Vater die väterliche Gewalt über des Sohns Kinder, seine Enkel und Enkelinnen, und über die Kinder dieser Enkel, seine Urenkel. Hingegen die Kinder meiner Tochter sind nicht in meiner Gewalt, auch die Kinder meiner Enkelin nicht. Diese sind in der Gewalt ihres Vaters. Selbst alsdann, wenn die verheyrathete Tochter in des Vaters Gewalt blieb, welches bey den Römern oft geschah, waren ihre Kinder nicht in des mütterlichen Grosvaters Gewalt.

Noch muß ich anmerken, daß die Frage: ob die väterliche Gewalt nach Römischem Recht ein Eigenthum gewesen sey? controvers ist. Bynkershoek am a. O. behauptet es. Hingegen Gebauer in der angeführten Dissertation glaubt, daß der Vater weiter nichts, als magistratus domesticus gewesen sey, und potestatem iudiciariam gehabt habe. Für Gebauers Meynung streitet *L.* 215. *D. de verb. signif.* wo es heist: potestatis verbo plura significantur; in persona magistratuum *imperium;* in persona liberorum *patria potestas;* in persona servi *dominium.* Die väterliche Gewalt wird also vom Eigenthum unterschieden. Allein auf der andern Seite lassen sich doch auch die Rechte eines Römischen Vaters nicht alle aus einer häuslichen Gerichtsbarkeit herleiten. Der Vater hatte z. E. das Recht, die Kinder zu verkaufen; dieß kann unmöglich als ein Ausfluß der Jurisdiction angesehen werden. Auch sagt *L.* 2. §. 2. *de interd.* interdictum de liberis exhibendis *proprietatis causam* continet; es setze ein Eigenthum voraus. Also müssen die Kinder wirklich als eine Art von Eigenthum angesehen worden seyn. Ich glaube daher, daß die Wahrheit in der Mitte liege, und daß die väterliche Gewalt zwar kein wirkliches, förmliches dominium, aber doch mehr als eine häusliche Jurisdiction, kurz, daß sie ein dem Eigenthum sehr nahe kommendes Recht, *ius dominio proximum* gewesen sey. Eben daher kommt es denn auch wohl, daß die Kinder, welche noch in der väterlichen Gewalt sind, *sui liberi* heissen, welchen technischen Ausdruck man hier zu behalten hat (* 2).

(1) Die

(1) Die Mutter hat nur einen Schatten von der Gewalt des Vaters, *Püttmann* probabil. lib. 1. cap. 10. *Zepernick* ad *Beck.* de novell. Leon. p. 288.

(2) Die Bynkershoekische Meynung hat neuerlich vertheidigt *Car. Guil. Robert* in Commentat. de *Bynkershoekii* et *Gebauerii* doctrina de patria potestate romana antiqua Wetzlar. 1782. hingegen die Gebauerische *Fridr. Christ. Ieusen* tract. de patria potestate pro *Gebauero* adversus *Robertum.* Suerin. 1784. 8. und *Chr. Aug. Günther* (oder vielmehr der Respondent *Carl Heinr. Bern. Erttel*) diss. de patria vet. Rom. potestate ex iure dominii non repetenda. Lipf. 1787.

§. 100. Persönliche Einheit.

Es war also zwischen dem Vater und den Kindern, die er in seiner Gewalt hatte, eine sehr genaue und enge Verbindung. Vater und Kinder wurden nicht als verschiedene, sondern als Eine Person angesehen; doch dieß nur in Privatangelegenheiten, nicht in öffentlichen Geschäften. In dem Staate war der filius familias ein freyer Mensch und ein Bürger, so gut als der Vater. Er konnte daher öffentliche Aemter bekleiden, und in Amtssachen hatte ihm der Vater nichts zu befehlen. So lange das Amt dauerte, war die väterliche Gewalt suspendirt. In publicis, sagt *L.* 14. *ad SCt. Trebell. non sequitur ius* potestatis, das heißt, wie es Bynkershoek erklärt, non obtinet ius patriae potestatis (* 1).

Aus der persönlichen Einheit folgt nun weiter, a) daß die Kinder gewissermassen als Herren des väterlichen Vermögens schon bey Lebzeiten des Vaters angesehen, und daher des Vaters Erben ipso iure werden, ohne daß sie die Erbschaft anzutreten brauchen; b) daß Vater und Sohn keine Verträge untereinander schliessen, und keiner dem andern etwas schuldig seyn konnte (inter patrem et filium non est obligatio); daß sie keinen Proceß mit einander führen können (inter patrem et filium actio non est); c) daß der Sohn nicht in seines Vaters Testament, und der Vater nicht in des Sohnes Testament Zeuge seyn kann, so wenig als jemand in seinem eignen Testament einen Zeugen abgeben kann; auch kann der Sohn nicht Zeuge in einem Testament seyn, worin der Vater als Erbe eingesetzt wird; und umgekehrt kann der Vater nicht Zeuge in dem Testament seyn, worin der Sohn eingesetzt wird; eben so wenig, als ich Zeuge in dem Testament seyn kann, worin ich selbst zum Erben ernennt werde. Man sieht übrigens aus diesen Wirkungen, daß die persönliche Einheit allerdings im Römischen Recht gegründet, und daß es ein Irrthum ist, wenn einige Rechtsgelehrte (* 2) sie leugnen, oder ihre Wirkungen blos darauf einschränken wollen, daß der Sohn alles dem Vater und nichts für sich erworben habe (* 3).

(1) Doch s. man *Einert* observ. iur. civ. cap. 3. und *Finestres* ad *Hermog.* pag. 1049.

(2) *Thomasius* in diss. de usu pract. tit. Inst. de patria potest. cap. 1. §. 49. *Andr. Flor.*

Flor. Rivinus in diss. de figmento fictionis, unitatis personae inter patrem et filium. Viteb. 1760.

(3) *Enenckel* de privileg. parent. et liberor. Privil. 3. p. 179. sqq. *Cocceii* ius controv. lib. 1. tit. 6. quaest. 19. *Heimburg* diss. difficillima emancipationis capita, §. 53.

§. 101. Rechte des Vaters über die Kinder.

Der Vater hatte fast unumschränkte Rechte über die Personen und das Vermögen der Kinder. Ueber ihre Person. Denn 1) konnten sie ohne seine Einwilligung keine rechtliche Handlung vornehmen, keine Contracte, Eheverlöbnisse, u. d. g. eingehen. Diese Handlungen waren nichtig, wenn der Vater nicht darin ausdrücklich oder stillschweigends willigte. Indessen kann doch ein Sohn, nachdem er sui iuris wird, aus den Contracten, die er noch unter der väterlichen Gewalt stehend, geschlossen hat, belangt werden; nur in dem Fall, wenn er Geld borgt, hat schlechterdings keine Klage statt. Dieß ist durch den Macedonianischen Rathsschluß verordnet. (§. 1159). 2) Konnte der Vater die Kinder strafen, wenn sie sich vergingen, und dieses Strafrecht erstreckte sich bis auf das Recht über Leben und Todt (* 1). Dieses war übrigens, so wenig als das Recht des Herrn über seine Sklaven, ein Recht, die Kinder nach Gefallen und ohne Ursache zu tödten, sondern es war eine Art von peinlicher Gerichtsbarkeit, oder das Recht, den Kindern eine Todtesstrafe zu dictiren, wenn sie eine verdient hatten, und an ihnen zu vollstrecken. 3) Hatte der Vater ein Recht, die Kinder dreymal in die Sklaverey zu verkaufen (* 2). Nemlich wenn der Vater seinen Sohn Einmal verkauft hatte, und dieser so glücklich war, freygelassen zu werden: so fiel er in die väterliche Gewalt zurück. Nun konnte ihn der Vater zum zweytenmal verkaufen. Wurde er zum zweytenmal freygelassen: so fiel er wieder in des Vaters Gewalt. Der Vater konnte ihn also zum drittenmal verkaufen. Wenn er aber zum drittenmal freygelassen wurde: so wurde er sein eigener Herr (sui iuris), und kam nicht mehr in die väterliche Gewalt. Dieses gründete sich in einem Gesetz des Romulus, welches nachher in den zwölf Tafelgesetzen bestätigt wurde. 4) Hatte der Vater das *ius noxae dandi*, d. i. wenn meine Kinder Jemanden durch eine unerlaubte Handlung, Diebstahl, Raub, Verwundung u. s. w. Schaden thaten: so konnte ich sie zur Ersetzung des Schadens an Zahlungsstatt geben, und sie kamen dadurch in die Sklaverey, solang sie nicht den zugefügten Schaden ersetzten. 5) Wenn ein anderer die Kinder bey sich hatte, und sie dem Vater vorenthielt: so konnte dieser die Herausgabe verlangen, und deswegen eine Klage, welche rei vindicatio heißt, desgleichen das interdictum de liberis exhibendis anstellen. Sogar nach seinem Todte übte der Vater noch eine Art von Gewalt über seine Kinder aus. Denn er konnte 6) ihnen in seinem letzten Willen einen Vormund bestellen.

Auch über das Vermögen der Kinder hatte der Vater ansehnliche Rechte: (1) Alles, was sie erwarben, gehörte dem Vater. Sie hatten also kein Eigenthum; wenn man den Kindern etwas versprach: so war es so gut, als ob man es dem Vater versprochen hätte, die Kinder konnten daher auch kein Testament machen, denn worüber sollten sie testiren? (2) Wenn der Vater ein unmündiges Kind hinterließ: so konnte er ihm pupillariter substituiren, d. i. verordnen, wer des Kindes Erbe seyn sollte, wenn es in der Unmündigkeit sterben würde.

(1) Kinder, die noch jung, die noch nicht drey Jahre alt, und monströs oder verstümmelt, auch von fünf Nachbarn dafür erkannt worden waren, konnte der Vater tödten. *Trojen* diss. de antiquo iure vitae ac necis parentum in liberos. Lugd. Bat. 1752.

(2) *Io. Phil. Datt*, de venditione liberor. in thesaur. *Meermann*. Tom. 2.

§. 102. Abänderungen der väterlichen Gewalt durch neuere Gesetze.

So war also die väterliche Gewalt nach dem alten Römischen Recht beschaffen. In den neuen Römischen Gesetzen ist aber manches daran geändert worden. Denn 1) wurde dem Vater das Recht über Leben und Todt gänzlich genommen. Zu welcher Zeit dieses geschah, ist zweifelhaft. Noodt und Bynkershoek haben darüber controvertirt (*1). Gebauer (*2) hat die Argumente der beyden Streiter abgewogen, und der Noodtischen Meynung gewissermassen seinen Beyfall gegeben. Er zeigt nemlich, daß die Erlaubniß, Kinder vor dem dritten Jahre zu tödten oder auszusetzen, die zuweilen von den Vätern mißbraucht, und nicht in den gesetzlichen Schranken (§. 101. Not. 1.) ausgeübt wurde, erst unter K. Valentinian aufgehoben: daß hingegen das Recht, über erwachsene Kinder ein peinliches Gericht zu halten, schon zu K. Alexander Severus Zeiten dem Vater nicht mehr gestattet worden ist. Dem Vater kommt also nach den neuern Gesetzen nur die Befugniß zu, die Kinder wegen ihrer Vergehungen zu züchtigen. Viele setzen hinzu, der Vater habe auch das Recht, die Kinder, wenn sie ein Verbrechen begehen, der Obrigkeit zu überliefern, und die Strafe zu bestimmen, welche die Obrigkeit dictiren soll. Sie gründen sich auf die L. 3. C. de patr. pot. (VIII. 47.) wo Alexander Severus reseribiret: si filius tuus in potestate tua est, res adquisitas tibi alienare non potuit. Quem, si pietatem patri debitam non agnoscit, castigare iure patriae potestatis non prohiberis; acriori remedio usurus, si in pari contumacia perseveravit, eumque Praesidi provinciae oblaturus, dicturo sententiam, quam tu quoque volueris. Allein man sieht leicht, daß in diesem Gesetz nur von einem liederlichen, verschwenderischen, ungehorsamen Sohne die Rede ist, nicht von einem, der ein öffentliches Verbrechen begangen hat. Auch ist nicht zu glauben, daß der Kayser die Bestimmung der Strafe schlechterdings

terdings dem Willkühr des Vaters habe überlassen wollen, so, daß der Präses, ohne Rücksicht auf Gesetze und den Grad des Vergehens, den Sohn bestrafen soll, wie der Vater verlange. Diese Verordnung wäre in hohem Grade unvernünftig gewesen. Seine Meynung geht also ohne Zweifel nur dahin, der Präses soll die Sache untersuchen, und die von dem Vater verlangte Strafe, wenn er sie der Lage der Sache und den Gesetzen angemessen finde, dictiren (*3). Und wenn man das Gesetz auf diese Art erklärt: so kann man seine heutige Gültigkeit den unten (*4) angeführten Rechtsgelehrten zugeben.

Der Vater hat aber auch nach den neuern Römischen Gesetzen das Recht nicht mehr, die Kinder zu verkaufen. Diocletian hat dieses in der L. 1. Cod. de patribus, qui fil. suos distrax. (IV. 43.) verboten. Doch hat nachher Constantin. M. in dem Fall, wenn die Eltern in der äussersten Armut wären, erlaubt, *liberos sanguinolentos* zu verkaufen; wie L. 2. Cod. eod. tit. sagt. Man streitet über die Erklärung dieses Gesetzes. Die gemeine Leseart ist: si quis filium filiamue sanguinolentos vendiderit etc. und man versteht unter den sanguinolentis neugebohrne Kinder; diese habe Constantin zu verkaufen erlaubt, damit sie nicht exponirt würden (*5). Aber Haloander, Wissenbach und andere lesen: si quis filium filiamve sanguinolentus vendiderit etc. sie ziehen also dieses Beywort auf den Vater, und erklären es durch grausam, unbarmherzig. Wenn ein Vater so grausam ist, seine Kinder zu verkaufen ꝛc. Die erste Leseart ist die richtige, wie die Ueberschrift des 8ten Tit. im 5. B. des Theodosianischen Codex und L. 2. desselben Titels zeigt.

(1) Jener glaubt in seinem Tractat: *Iulius Paulus*, der in seinen Werken T. 1. p. 565. sqq. steht, daß es erst von den K. Valentinian, Valens und Gratian in der *L. 8. C. ad leg. Cornel. de sicar.* (IX. 16.) geschehen sey. Hingegen Bynkershoek in seinem Buche de iure occidendi, vendendi et exponendi liberos apud Romanos, in der Hallischen Ausgabe seiner kleinen Schriften T. 2. p. 105. sqq. behauptet, schon zu Trajans, Hadrians und Antoninus Pius Zeiten sey dem Vater dieses Recht genommen worden. Noodt vertheidigte sich in seiner *amica responsione ad difficultates Iulio Paulo motas*, und Bynkershoek duplicirte in seinen curis secundis de iure occidendi et vendendi liberos. Beyde letzte Schriften stehen in der angeführten Hallischen Sammlung T. 2. p. 305. seqq.

(2) *Gebauer* diss. II. de patr. potest. cap. 2.

(3) *Gebauer* l. c. §. 7.

(4) *Brunnemann* ad h. l. *Schoepfer* synops. iur. priv. lib. 1. tit. 6. n. 30. sqq. *Leyser* sp. 17. med. 5. cor. 2.

(5) *Ulr. Huber* digress. lib. 2. cap. 5.

§. 103. Fortsetzung.

Der Vater kann ferner nach den neuern Römischen Gesetzen die Kinder nicht

nicht mehr zur Schadloshaltung geben. Vermuthlich ist dieses um dieselbe Zeit untersagt worden, da das Verkaufen der Kinder verboten wurde. 4) Das Recht, durch die Kinder zu erwerben, ist nicht aufgehoben, aber doch sehr eingeschränkt worden. Wenn der Sohn etwas im Militärstande oder durch die Wissenschaft, oder in einem öffentlichen Amte erwirbt: so heißt dieß peculium militare, und gehört dem Sohn dergestalt, daß der Vater nicht das mindeste daran zu fordern hat. Erwirbt der Sohn etwas auf andere Art, z. E. er erbt seine Mutter: so heißt es peculium adventitium, er hat das Eigenthum, und der Vater nur den Niesbrauch. Die übrige Rechte der väterlichen Gewalt sind unverändert geblieben. Der Vater und Sohn sind also auch nach neuerm Römischen Rechte als Eine Person anzusehen; der Vater hat das Recht, die Kinder zu vindiciren, ihnen Vormünder zu bestellen, ihnen pupillarisch zu substituiren ꝛc.

§. 104. Heutige Beschaffenheit der väterlichen Gewalt.

Wie ist aber heutiges Tags die väterliche Gewalt beschaffen? Man bemerke folgende Grundsätze:

1) Der Vater hat heutzutage nicht blos die natürliche elterliche Gewalt, wie einige Juristen (*1) sagen. Denn der Vater hat das Recht pupillarisch zu substituiren, und den Niesbrauch über das Vermögen der Kinder; die Kinder können nicht testiren, so lange sie in der väterlichen Gewalt sind; können aus einem Gelddarlehn nicht belangt werden. Dieß alles sind willkührliche Verordnungen, von denen das Naturrecht nichts weiß.

2) Die Mutter hat nicht die Gewalt über die Kinder, welche das Römische Recht dem Vater giebt, sondern nur diejenige, welche das Naturrecht den Eltern gestattet; doch ist diese der väterlichen Gewalt untergeordnet; denn, wenn Vater und Mutter bey der Erziehung verschiedener Meynung sind; so gehet des Vaters Wille vor. Viele Rechtsgelehrte behaupten, die Mutter habe heutzutag die väterliche Gewalt so gut, als der Vater. Am weitläufigsten hat Rothhan (*2) diese Meynung vertheidigt. Allein sie ist irrig. Rothhan's sämmtliche Argumente beweisen weiter nichts, als daß viele Deutsche Particulargesetze der Mutter die natürliche elterliche Gewalt bestätigen, ihr auch einige Rechte geben, von denen das Naturrecht nichts weiß; aber daß sie die Römische väterliche Gewalt habe, hat er nicht bewiesen. Sie hat also kein Recht, pupillarisch zu substituiren; keinen Niesbrauch im Vermögen der Kinder; die Kinder können, wenn sie gleich im Haus und Kost der Mutter sind, testiren, können sich hingegen nicht auf das SCtum Macedonianum berufen; werden in der Religion des Vaters erzogen, wenn nicht

durch

durch Landesgesetze, oder Gewohnheiten, oder Ehepacten bey den Töchtern festgesetzt ist, daß sie der Religion der Mutter folgen sollen (*3).

3) Der Vater hat heutzutage selten Gewalt über die Enkel; denn, wenn der Sohn heyrathet: so stellt er auch gewöhnlich seine eigne Haushaltung an. Thut er aber dieß: so hört die väterliche Gewalt auf. (§. 163.) Indessen können doch Fälle vorkommen, wo die väterliche Gewalt über die Enkel statt findet; wenn nemlich der Sohn sich verheyrathet, aber in des Vaters Hause und Brod bleibt.

4) Was die Rechte der väterlichen Gewalt betrift: so fällt das Recht über Leben und Todt (*4), das Recht, die Kinder zu verkaufen, und zur Schadloshaltung (noxae) zu geben, gänzlich weg. Einige (*5) wollen zwar behaupten, der Vater könne heutzutage die Söhne in Kriegsdienste verkaufen; aber andere (*6) widersprechen dieß mit Recht. Das Recht, durch die Kinder zu erwerben, ist bey uns eben so, wie im neuen Römischen Recht (§. 103.) modificirt. Der Vater hat also auch heutiges Tages den Niesbrauch von den Adventitien der Kinder (*7). Auch das Recht, die Kinder zu vindiciren (*8), und interdictum de liberis exhibendis anzustellen, wird zuweilen noch ausgeübt. Ein filius familias kann auch heutzutag nicht testiren; der Vater kann auch bey uns pupillarisch substituiren. Hingegen über die persönliche Einheit wird sehr disputirt. Verschiedene Juristen behaupten, sie falle bey uns weg (*9); der Vater könne also in Deutschland mit seinen Kindern gültige Verträge schliessen (*10). Allein andere vertheidigen das Gegentheil mit besserm Grund (*11). Denn das Römische Recht ist im Ganzen angenommen, streitet in diesem Puncte nicht mit unserer Verfassung, und ist durch kein conträres Deutsches Gesetz aufgehoben.

(1) Z. E. *Boehmer* introd. in ius dig. lib. 1. tit. 6. §. 4.
(2) Diss. de potestate materna Goett. 1772.
(3) Man sehe *Renz* diss. mixtura iuris romani et patrii in doctrina de patria potestate, thes. 10. *Pufendorf* obs. iuris univ. T. 1. obs. 98. §. 14. *Ferd. August Hommel* de usu hodierno patriae potestatis romanae. C. 3. §. 90. *de Selchov* Element. iuris germanici §. 494. Strubens rechtl. Bed. 1. Theil 334. Seite. *Müller* ad *Leyser* obs. 103.
(4) Nicht einmal in das Zuchthaus kann ein Vater seinen Sohn ohne Einwilligung der Obrigkeit setzen lassen. *Müller* ad *Leyser* obs. 89.
(5) *Struv* Ex. 23. th. 28. *Engelbrecht* Exercit. ad lib. 1. Inst. pag. 38. *Ludovici* diss. de iure et iurisprudentia domestica, cap. 3. §. 14.
(6) *Renz* diss. cit. thes. 11.
(7) *Pufendorf* Tom. 1. Obs. 98. §. 3.
(8) *Leyser* Sp. 17. med. 1. *Müller* ad *Leyser* obs. 87.
(9) *Gudelinus* de iure novissimo lib. 1. C. 13. *Matthaei* commentar. ad Inst. h. tit. §. 2. n. 8. seqq. p. 277. seqq. *Thomasius* de usu practico tituli Inst. de

patria potestate, cap. 2. §. 10. in collect. diss. vol. 3. n. 98. p. 678. *Beyer* in iur. German. lib. 1. cap. 26. §. 42.

(10) Strube rechtliche Bed. 2 Th. 68 Bed.

(11) *Barth.* hodeg. forens. cap. 4. §. 9. p. 799. *Leyser* spec. 21. med. 5. *Wernher* part. 5. observ. 189. *Hommel* diss. de usu hodierno patriae potest. cap. 3. §. 78. *Renz* diss. cit. th. 20. *Heimburg* diss. difficillima emancipationis capita §. 48. seqq. *Müller* ad *Leyser* tom. I. obs. 103.

§. 105. Pflichten des Vaters.

Die Rechte der väterlichen Gewalt haben wir bisher kennen gelernt. Sie führt aber auch eine Beschwerde bey sich; die Verbindlichkeit nemlich die Kinder zu ernähren. Weigert sich dessen der Vater: so setzt die Obrigkeit den Kindern eine gewisse Summe aus, mehr oder weniger, nachdem des Vaters Stand und Vermögen grösser oder geringer ist. Indessen fließt diese Verbindlichkeit nicht aus der väterlichen Gewalt, sondern aus der nahen Verwandschaft; denn auch die natürliche Kinder (das heißt, die, welche mit einer Concubine erzeugt waren) mußte der Vater ernähren, und heutzutage muß er allen unehlichen Kindern die Alimente geben (*1). Wenn der Vater todt, oder ausser Stand ist, die Kinder zu ernähren: so sind die Mutter, die Großeltern und Geschwister (*2) dazu verbunden.

(1) *Stryk* in usu moderno lib. 25. tit. 3. §. 2.

(2) Arg. L. 4. D. ubi pupill. L. 13. §. 2. D. de administr. tut. L. 1. §. 2. de tutel. et rat. distr. Nach diesen Gesetzen darf ein Vormund die Alimente, welche er der Schwester seines Pupillen gereicht hat, in Rechnung zur Ausgabe bringen. *Sande* decis. Fris. lib. 2. tit. 8. def. 2. *Stryk* l. c. §. 22. Indessen leugnen verschiedene diese Verbindlichkeit der Geschwister. S. *Behmer* nov. ius controv. tom. 2. obs. 150. *Popp* diss. de imperfecta fratrum sororumque ad se invicem alendos obligatione, Altorf 1780.

§. 106. Klagen, die aus dem Familienzustande entstehen.

Der Familienzustand bringt verschiedene Klagen hervor. (S. die Tabelle Num. 6. b.) Es kann über die Kindschaft, es kann auch über die väterliche Gewalt geklagt werden. Ueber die Kindschaft wird entweder zwischen Eltern und Kindern, oder zwischen Vater und Mutter gestritten. Nemlich 1) kann das Kind eine Klage gegen den Vater oder die Mutter anstellen, wenn es dieser oder diese nicht für ein Kind erkennen, und die Verbindlichkeiten eines Vaters oder einer Mutter nicht erfüllen wollen. Dieß ist *actio de filiatione affirmativa.* 2) Kann der Vater oder die Mutter gegen ein Kind klagen, wenn dieses leugnet, daß es ihr Kind sey, und die Pflichten eines Kindes nicht beobachten will. (*actio de paternitate aut maternitate affirmativa*) 3) Wenn sich einer für meinen Vater, oder eine für meine Mutter ausgiebt, auch im Besitz dieses Standes ist: so kann ich ihn oder sie *actione de filiatione nega-*

negativa belangen (*1). 4) Ist einer bisher als ein Kind eines andern, oder einer andern mit Unrecht angesehen worden, und im Besitz der Kindesrechte gewesen: so können sie *actionem de paternitate aut maternitate negativam* anstellen. 5) Wird in diesen Klagen nicht über die Kindschaft überhaupt, sondern blos über die väterliche Gewalt gestritten: so heissen sie *actiones de patria potestate affirmativae aut negativae*; affirmativa, wenn ich gegen einen klage, über den mir die väterliche Gewalt zusteht, der sie mir aber mit Unrecht ableugnet; negativa, wenn sich einer über mich ohne Grund die väterliche Gewalt anmaßt, und ich deswegen gegen ihn Klage erhebe. 6) Kann die Mutter gegen den Vater klagen, wenn er ein von ihr gebohrnes Kind nicht für das seinige erkennen will. Dieß heißt *actio de partu agnoscendo*. Sie kann a) von der Ehefrau gegen den Ehemann angestellt werden, wenn sie sich nach der Ehescheidung von ihm schwanger befindet; welches aber heutzutage selten vorkommt. Auch b) die Mutter eines unehlichen Kindes kann diese Klage anstellen, welches häufig geschieht. 7) Stellt auch der Ehemann *actionem de partu agnoscendo* an, wenn seine Frau nach geschehener Ehescheidung schwanger ist, und er verlangt, daß dieses Kind für das seinige erklärt werde.

(1) Ein merkwürdiges Exempel einer actionis de filiatione negativae hat Strube in den rechtl. Bed. 3. Theil, 131. Bed.

§. 107. Quellen der väterlichen Gewalt.

Die väterliche Gewalt kann auf dreyerley Art erworben werden, durch Ehe, Legitimation und Adoption (*1). Denn entweder ist ein Kind von mir gezeugt, oder nicht. Im ersten Fall ist es entweder in rechtmäßiger Ehe oder aus unehlichem Beyschlaf erzeugt. Habe ich es im rechten Ehebette gezeugt: so ist die Ehe der Grund meiner väterlichen Gewalt. Wenn ich aber ein Kind ausser der Ehe erzeuge, und in meine väterliche Gewalt bringen will: so muß dieses durch die Legitimation geschehen. Und endlich wenn ein Kind gar nicht von mir erzeugt, und doch in meiner väterlichen Gewalt ist: so liegt der Grund in der Adoption. In dem Falle aber, da ich die väterliche Gewalt durch die Ehe erwerben will, ist nöthig, daß das Kind zu rechter Zeit gebohren werde. Was ist also der rechte Zeitpunkt? Nach der Bemerkung der neuesten und besten Aerzte ist der 280ste Tag nach der Conception der gewöhnliche Zeitpunkt, an dem ein Kind gebohren wird (*2). Weil indessen doch zuweilen ein Kind früher, zuweilen später kommt: so verordnen die Römische Gesetze, daß der 182ste Tag, oder der Anfang des siebenden Monates, als der Termin a quo, und das Ende des zehenden Monates, als der Termin ad quem angenommen werden solle; das heißt: wenn ein Kind gebohren wird,

da schon 181 Tage, aber noch nicht über zehen Monate nach einem gewissen Beyschlafe verstrichen sind: so wird angenommen, daß es aus diesem Beyschlaf erzeugt sey. Wenn also ein Kind am 182sten Tag nach vollzogener Ehe zur Welt kommt: so wird es für ein eheliches Kind gehalten, insofern das Gegentheil nicht erwiesen wird, und wenn die Wittwe vor Ablauf des zehenden Monats nach des Mannes Tod ein Kind gebiert: so passiret dieses auch noch für des verstorbenen Ehemannes Kind, es wäre dann, daß Jemand das Gegentheil darthun wollte und könnte (*3). Von der rechtmäßigen Ehe wird in dem zehenden Titel, von der Legitimation in einem Anhange desselben, und von der Adoption im 11ten Titel gehandelt.

(1) Auch fallen emancipirte Kinder, wenn sie undankbar sind, d. i. ihren Vater gröblich injuriiren, zur Strafe wieder in die väterliche Gewalt. L. un. C. de ingrat. lib. (VIII. 50.)

(2) *Ludwig* instit. medicin. forens. §. 105.

(3) L. 3. §. 11. et 12. D. de suis et legit. sagt: post decem menses natus non admittetur ad legitimam hereditatem. De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, et Divus Pius pontificibus rescripsit, iusto tempore videri natum. S. *Franc. Hotomann.* obs. lib. 9. cap. 9. *Püttmann* prolus. de partu undecimestri in opusc. p. 361. sqq. *Müller* ad *Leyser* tom. 1. obs. 79.

TIT. X.

DE NUPTIIS.

§. 108. Was ist die Ehe.

Drey Fragen sind hier zu beantworten: 1) Was ist die Ehe? 2) Was sind nuptiae oder connubium nach Römischem Recht? 3) Wie ist die Ehe von dem Eheverlöbniß unterschieden?

Ueber den Begriff und Zweck der Ehe ist viel geschrieben und gestritten worden (*1), obgleich die Ehe eine so allgemein bekannte Sache ist. Ich halte es mit der gemeinen Meynung; vermöge dieser ist die Ehe eine auf Lebenslang eingegangene Gesellschaft zwischen Personen verschiedenen Geschlechtes, Kinder zu zeugen und zu erziehen; auch einander gemeinschaftliche Hülfe zu leisten. Man wendet zwar dagegen ein: a) die unfruchtbare Ehen wären nach dieser Definition keine Ehen. Aber diese Folge leugne ich; denn der Zweck einer unfruchtbaren Ehe ist doch die Kindererzeugung, ob er gleich nicht erreicht wird. b) Nach dieser Definition, sagt man weiter, können betagte Leute keine Ehe eingehen, wenn sie nicht mehr im Stande sind, Kinder zu erzeugen. Antwort: wenn es gewiß ist, daß alte Leute

zum

zum Kinderzeugen untüchtig sind: so ist ihre Verbindung keine wahre, sondern eine Titular-Ehe (matrimonium honorarium oder civiliter tale). Weil aber selten diese Gewißheit vorhanden ist: da zuweilen sehr alte Männer noch zeugen, und sehr alte Weiber gebähren: so haben die Gesetze einer solchen Verbindung alter Personen die Rechte des Ehestandes zugestanden (*2). c) Der dritte Einwurf ist: man frage alle Menschen, welche eine Ehe eingehen, ob sie es zu dem Ende thun, um Kinder zu zeugen; ob sie nicht vielmehr ganz andere Zwecke dabey haben? Keiner wird, wenn er aufrichtig redet, behaupten, er heyrathe, um Kinder zu zeugen. Sie werden sämtlich andere Ursachen anführen. Der französische Rechtsgelehrte Pasquay z. E. sagte, er habe seine erste Frau propter opus, die zweyte propter opes, und die dritte propter opem geheyrathet. - Aber auch dieser Einwurf ist leicht zu beantworten. Wir reden vom gesetzlichen Zweck der Ehe, und nicht von den Beweggründen derer, welche die Ehe eingehen; vom *fine operis*, wie die alte Juristen sagen, und nicht vom *fine operantium*. Der Zweck, welchen der Schöpfer bey Hervorbringung beyder Geschlechter, und bey der Einprägung des Zeugungstriebs hatte, war die Fortpflanzung des Menschengeschlechts. Also ists Unrecht, wenn Menschen den Instinct des Beyschlafes ohne allen Zweck der Fortpflanzung befriedigen, und man kann mit Grund sagen, daß nach dem Naturrecht Kindererzeugung der Zweck der Ehe sey, wenn auch die Personen, welche eine Ehe schliessen, durch andere Motiven dazu bewegt werden. Auch nach den positiven Gesetzen, die in Deutschland gelten, ist dieß einer der Hauptzwecke.

Eine Gattung der Ehe hieß bey den Römern nuptiae oder connubium; die Ehe nemlich, die zwischen zwey Römischen Bürgern in der gesetzlichen Ordnung geschlossen ist, wurde mit diesem Namen belegt. Dieß wird im §. 112. u. f. erklärt werden.

Von der Ehe sind die Sponsalien oder das Eheverlöbniß verschieden. Man versteht darunter einen Vertrag, daß eine Ehe zwischen gewissen Personen geschlossen werden soll. Die Paciscenten wollen nicht sogleich Ehegatten seyn, nicht sogleich die Rechte der Ehegatten haben, sondern erst nach einiger Zeit soll dieß geschehen.

(1) Man sehe *Io. Sam. Stryk* diss. de fine matrimonii, Hal. 1708. *Carl Ferd. Hommel* matrimonium sine proposito sobolem procreandi legitimum. Lipf. 1764. edit. secund. locupletior, ibid. 1767. et in auctoris rhapsodia vol. 1. obs. 391. Joh. Baptista Anthes vom Zweck der Ehe. Frft. am Mayn 1774. 8. Vorzüglich aber Joh. Phil. Engelhards Versuch über den wahren Begriff der Ehe und die Rechte bey deren Errichtung. Cassel 1776. 8. Das neueste Buch über die Rechte der Ehe ist Aug. Ludw. Schott's Einleitung in das Eherecht, Nürnb. 1786. 8.

(2) L. 27. C. de nupt. (V. 4.) *Püttmann* comment. de nuptiis fenum. Hal. 1782. 8.

§. 109. Axiomen vom Eheverlöbnisse.

Eine ausführlichere Abhandlung von dem Eheverlöbniß kommnt in den Pandecten und dem Kirchenrechte vor. Hier stehen nur drey der hauptsächlichsten Grundsätze. 1) Das Eheverlöbniß erfordert nach dem Römischen Recht keinen schriftlichen Aufsatz, keine Zeugen, keine Feyerlichkeit. In Deutschland aber sind an vielen Ortrn Zeugen zur Gültigkeit der Sponsalien nöthig. Im Hessen-Darmstädtischen müssen sich vermöge einer Verordnung vom Jahr 1723. die Verlobten (wirkliche Räthe, und wer ihnen im Rang gleich, ausgenommen) vom Prediger einsegnen, oder wie man es nennt, weinkäuflich copuliren lassen. Ehe dieses geschieht, entstehet keine Verbindlichkeit aus den Sponsalien. 2) Alle Personen können Sponsalien eingehen, die in eine künftige Ehe einwilligen können; eine unmündige Person kann also keine gültige Sponsalien schliessen. 3) Die Verbindlichkeit, welche aus dem Eheverlöbniß entsteht, ist nach dem Römischen Recht nur eine unvollkommene, man kann also daraus nicht klagen. Denn die Römer wollten haben, daß die Ehe schlechterdings frey und ungezwungen seyn sollte. Ob nach dem canonischen Recht ein Zwangsrecht aus den Sponsalien entsteht, ist zweifelhaft; in der Praxis aber ist die bejahende Meynung angenommen (*1). Doch zwingt man einen Verlobten nicht schlechterdings zur Vollziehung der Ehe, sondern condemnirt ihn, im Fall einer hartnäckigen Weigerung, zu einer Abfindung und Strafe.

(1) *Steenhof* diss. de praxi iudiciorum erronea §. 25.

§. 110. Axiomen von der Ehe.

Die Ehe ist 1) eine Gesellschaft. Denn eine Gesellschaft heißt eine Vereinigung mehrerer Personen mit gemeinschaftlichen Kräften einen gewissen Zweck zu erlangen, und dieß geschieht in der Ehe. 2) Der Zweck der Ehe ist Kindererzeugung, Kindererziehung und gegenseitige Beyhülfe (*mutuum adiutorium*). 3) Das Römische Recht erfordert zur Ehe Einen Mann und Eine Frau. Diese müssen aber 4) beyde Römische Bürger seyn, wenn sie nemlich eine solenne Ehe, *connubium*, *nuptias* schliessen wollen. 5) Die Ehe ist ein Geschäft von Wichtigkeit; denn die Zufriedenheit und das Glück des Lebens hängt sehr davon ab. Auch ist die Last des Hauswesens und der Kindererziehung beträchtlich. 6) Die Ehe muß in der gesetzlichen Ordnung, und 7) auf Lebenslang eingegangen werden.

§. 111. Die Ehe erfordert (a) Einwilligung, (b) Personen, die zum Kinderzeugen tüchtig sind; (c) die Polygamie ist verboten.

Die Ehe ist eine Gesellschaft. (§. 108.) Jede Gesellschaft setzt einen Vertrag

Vertrag voraus, mithin auch die Ehe. Daraus aber folgt weiter, die Ehe erfordert die Einwilligung beyder Interessenten; ein Blödsinniger und Höchstbetrunkener kann also keine Ehe schliessen, weil er nicht einwilligen kann. Eine durch Drohungen und ungerechte Furcht erzwungene, oder durch betrügliche Ueberredungen veranlaßte Ehe ist ungültig. Auch ein Irrthum in Ansehung wesentlicher Puncte macht die Ehe nichtig.

Die Ehe wird zwischen Manns- und Weibspersonen geschlossen, um Kinder zu zeugen. Daraus folgt 1) daß kein Kastrat eine Ehe schliessen kann (*1); denn Kinderzeugen ist ihm unmöglich. Wenn ihm der Landesherr übrigens die Ehe durch eine Dispensation erlaubt: so gilt sie als eine Titular-Ehe, und hat die Rechte des Ehestandes. 2) Die Mannsperson muß wenigstens 14, die Weibsperson wenigstens 12 Jahre alt seyn. Denn in diesen Jahren fängt nach Römischen Grundsätzen die Fähigkeit zum Kinderzeugen an (*2). Das canonische Recht geht aber von dieser Vorschrift ab, und will, daß man nicht auf die Jahre sehen soll. Es erlaubt die Ehe auch noch vor dem 14. und 12. Jahre, wenn sich die Zeugungskraft früher einstelle. In Deutschland hat man über diesen Punct an den meisten Orten Landesgesetze, worin ein höheres Alter, als im Römischen Recht vorgeschrieben ist. Z. E. im Hessen-Darmstädtischen ist in einer Verordnung von 1731. bey Mannspersonen das 25ste Jahr, im Casselischen hingegen ist das 20ste festgesetzt. Denn die Zeugungskräfte fangen in unserm kältern Clima später als in Italien an, und da bey uns die Ehe bey den Söhnen meistens, und bey den Töchtern allezeit der väterlichen Gewalt ein Ende macht: so ists nicht genug, daß jemand Kinder zeugen kann; er muß auch dem Hauswesen vorstehen, und Kinder erziehen können.

Die Ehe ist entweder Monogamie oder Polygamie, von beyden ist die Gemeinschaft der Weiber unterschieden. Wenn nemlich Ein Mann Eine Frau zur Ehe hat: so ist es eine einfache Ehe oder Monogamie. Hat ein Mann mehrere Weiber, oder eine Frau mehrere Männer: so heißt es Polygamie oder vielfache Ehe. Und wenn endlich mehrere Männer mit mehreren Weibern sich verbinden, so, daß sich jeder Mann zu jeder Frau legen kann: so ist eine Gemeinschaft der Weiber vorhanden. Die Polygamie wird a) in Polyandrie, oder Vielmännerey, und Polygynie, oder Vielweiberey; b) in die auf einmal statt findende und nach einander folgende (simultaneam et successivam polygamiam) eingetheilt. Wenn nemlich ein Mann mehr als eine Frau hat: so ist es Polygynie; hat aber eine Frau mehr als einen Ehemann: so ist es Polyandrie. Wenn jemand auf einmal mehr als einen Ehegatten hat: so heißt es polygamia simultanea. Wenn hingegen jemand, nachdem seine erste Ehe getrennt ist, z. E. ein Wittwer oder

Wittwe

Wittwe zur zweyten Ehe schreitet: so heist es successiva polygamia. Das Römische Recht hält mit Grund die Monogamie für die bessere Ehe, und verbietet die simultane Polygamie, sowohl die Vielweiberey, als auch die Vielmännerey. Daß also noch mehr die Gemeinschaft der Weiber verboten sey, versteht sich von selbst. Die Halsgerichtsordnung Carls V. im 121. Art. erklärt die Bigamie, wenn jemand, dessen rechtmäsiger Ehegatte noch lebt, sich mit einem andern verheyrathet, für ein Verbrechen, und verordnet, daß sie wie der Ehebruch bestraft werden solle. Die successive Polygamie ist nach allen Rechten erlaubt.

Doch bemerke man: 1) eine Wittwe darf nicht zu frühe nach ihres Mannes Tod heyrathen. Dieß ist nicht nur der Ehrerbietung zuwider, die sie dem verstorbenen Manne noch schuldig ist, sondern es kann auch eine Ungewißheit verursachen, ob das Kind, das sie nach des ersten Mannes Tode gebiert, von diesem oder von dem zweyten Ehemann sey. Wenn sie innerhalb dem Trauerjahr (anno luctus) (*3) heyrathet: so wird sie a) nach Römischem Recht infam; b) sie kann ihrem zweyten Ehemann nicht mehr als den dritten Theil ihres Vermögens zubringen, auch nicht mehr in einem letzten Willen hinterlassen; c) kann aus dem Testament eines Fremden nichts erben, auch kein Vermächtniß erhalten; d) verliert alles, was sie vom verstorbenen Ehemann erhalten hat, und kann e) von ihren Blutsfreunden nichts erben, wenn sie weiter als im dritten Grad mit ihr verwandt sind (*4). 2) Der Wittwer darf nach den Römischen Gesetzen heyrathen, sobald er will (*5). 3) Das canonische Recht hebt (*6) die der Wittwe dictirte Strafe der Infamie auf. Ob es aber die übrige Strafen abgeschafft habe, ist sehr zweifelhaft (*7). Indessen 4) ist die in der Praxis angenommene Meynung, daß in diesem Capitel alle eben erzählte Strafen des Römischen Rechts abgeschafft seyen (*8). Eine Wittwe also, die das Trauerjahr nicht hält, wird um Geld oder mit Gefängniß bestraft. Dispensation wird übrigens ohne Anstand ertheilt, wenn nur ausgemacht ist, daß die Wittwe nicht schwanger sey. 5) In den meisten Deutschen Ländern ist nicht nur der Wittwe, sondern auch dem Wittwer eine Trauerzeit vorgeschrieben. Wenn er diese nicht hält: so hat ebenfalls eine Geld- oder Gefängnißstrafe statt. Im Hessen-Darmstädtischen soll nach einer Verordnung vom Jahr 1744. der Wittwer drey viertel Jahr trauern. 6) Wird die zweyte Ehe nach verflossener Trauerzeit geschlossen: so ist sie zwar erlaubt; doch nicht so begünstigt als die erste, und hat verschiedene nachtheilige Folgen, welche man die *poenas secundarum nuptiarum* nennt; wiewohl es seltsam lautet, daß eine erlaubte Handlung gestraft werden soll. Die vornehmste davon (*9) sind, a) daß der Ehegatte, der zur zweyten Ehe schreitet, das Eigenthum dessen, was er vom verstorbenen eigenthümlich geerbt

hat,

hat, verliert, und nur den Niesbrauch behält; (§. 376.) b) daß die Wittwe die Vormundschaft ihrer Kinder verliert; (§. 169.) c) daß ein in der zweyten Ehe lebender Ehegatte dem andern Ehegatten nicht mehr im Testament hinterlassen kann, als ein Kind erster Ehe bekommt. (§. 487.) Diese Strafen haben heutzutag noch statt (* 10).

(1) *Reinharth* ad *Christin.* Vol. 1. obs. 80. Anderer Meynung sind *Leyser* sp. 297. med. 6. Engelhard am a. O. S. 54. u. f.

(2) *Iust. Henning. Boehmer* de iuribus diversis ex diversitate climatis ortis. §. 6. in exercit. ad Pand. Tom. 1. pag. 279. Die Sicilianische Frauenzimmer verheyrathen sich im dreyzehenden oder vierzehenden Jahre, und sind oft Großmütter, ehe sie das dreyßigste Jahr erreicht haben. Brydone's Reise durch Sicilien 2. Band 58. Seite.

(3) Dieses Trauerjahr aber ist nur 10 Monate lang. *Merill.* obs. lib. 5. cap. 30. *Gundlingian.* P. 8. p. 229.

(4) *Sarnighausen* diss. de poena concubitus intra annum luctus privata, per cap. pen. et ult. X. de secund. nupt. non abrogata (Goett. 1775. 4.) §. 3. p. 5. seqq.

(5) L. 9. D. de his, qui not. infam.

(6) Cap. pen. et ult. X. de sec. nupt.

(7) *Sarnighausen* diss. cit. §. 8. p. 15. seqq.

(8) *Boehmer* ius eccles. Prot. Tom. 3. lib. 4. Tit. 21. §. 18. *Leyser* sp. 300. med. 19. Struben rechtl. Bed. 3. Band. 16. Bed. *Alssen* diss. de eo, quod hodie iuris est circa poenas secundis nuptiis scriptas. (Goett. 1751.) §. 29. p. 45. *Selchov.* diss. select. capita doctrin. de infam. §. 7.

(9) Vollständig beschreibt sie *Leyser* sp. 300. med. 1. 2. und *Allsen* in diss. cit. §. 11. p. 16.

(10) *Stryk* de succes. ab intest. diss. 12. cap. 3. §. 13. *Leyser* spec. 300. med. 3. sqq. *Boehmer* consult. et decis. Tom. 2. arg. 860. n. 21.

§. 112. a) Eine feyerliche Ehe hat bey den Ausländern und Sklaven nicht statt.
b) Der Consens des Vaters ist zur Ehe erforderlich.

Nuptiae, connubium konnten bey den Römern nur unter den Bürgern geschlossen werden. Also Bürger konnten sie mit Fremden nicht eingehen, noch weniger freye Leute mit Sklaven, oder Sklaven mit Sklavinnen. Man bemerke nur: ein Bürger konnte mit einer Fremden eine eheliche Gesellschaft schliessen; aber sie hieß nicht nuptiae, nicht connubium, sondern *matrimonium* und hatte auch die Wirkungen des connubii nicht. (§. 126.) Auch Sklaven konnten mit Sklavinnen verbunden werden, Kinder zu zeugen. Aber auch diese Verbindung hieß nicht connubium, oder nuptiae, sondern *contubernium* (* 1), und die Rechte des connubii fielen gänzlich dabey weg. Heutigestages kann ein Bürger eine Ehe mit einer Weibsperson schliessen, welche das Bürgerrecht nicht hat, und sie erhält es durch die Ehe, oder die Ehe bahnt wenigstens den Weg dazu. Auch eine Weibsperson, die das Bürgerrecht an

einem Ort hat, kann einen Fremden heyrathen, und die Ehe hat dieselbe Rechte, welche einer Ehe zwischen Bürger und Bürgerin zukommen. Wenn freye und leibeigene Personen, oder zwey Leibeigene einander heyrathen: so hat die Ehe alle Wirkungen, die sie bey zwey freyen Ehegatten hat (* 2).

Die Ehe ist ein wichtiges Geschäft. Nun können Söhne und Töchter, so lange sie in der väterlichen Gewalt sind, nichts von Wichtigkeit ohne des Vaters Einwilligung thun. Sie können also auch nicht ohne diese heyrathen (* 3). Der Consens der Mutter ist eben so wenig erforderlich, als des Vaters, wenn er keine väterliche Gewalt mehr hat. Noch bemerke man (1) zwischen Söhnen und Töchtern ist der Unterschied, a) daß eine Tochter den Mann nehmen muß, welchen ihr der Vater giebt; einem Sohn hingegen kann der Vater zwar wehren, eine Person zu heyrathen, die dem Vater nicht gefällt; er kann ihn aber doch nicht zwingen, eine Frau zu nehmen, welche dem Sohn nicht ansteht; b) bey der Verheyrathung der Söhne war die ausdrückliche Einwilligung erforderlich, bey der Töchter ihrer aber war die stillschweigende hinlänglich (* 4).

(2) Nach dem alten Römischen Recht hing es lediglich von dem Vater ab, ob er seine Einwilligung in die Ehe der Kinder geben wollte oder nicht. Weil aber die Väter diese Gewalt zuweilen mißbrauchten: so verordnete das Julisch- und Papisch-Poppäische Gesetz, daß ein Vater, welcher seinen Consens ohne hinlängliche Ursachen verweigere, durch den Prätor Urbanus dazu gezwungen werden solle (* 5).

(3) Wie stand es aber, wenn sich der Vater in der Gefangenschaft befand? Jetzt mußten die Kinder mit der Verheyrathung warten, bis der Vater zurückkam; denn als Gefangener konnte er weder consentiren, noch dissentiren. Heyratheten sie während seiner Abwesenheit, und er kam zurück: so konnte er die Ehe umstossen. Starb er hingegen in der Gefangenschaft: so blieb die Ehe gültig (* 6). Neuere Gesetze verordneten indessen, daß, wenn der Vater drey Jahre in der Gefangenschaft gewesen sey, die Kinder auch ohne seinen Consens sollten heyrathen können (* 7). Nachher wurde noch weiter den Kindern erlaubt, auch noch vor Ablauf dieser Zeit zu heyrathen, wenn sie sich nur einen solchen Gatten wählten, gegen welchen der Vater wahrscheinlich nichts zu erinnern habe (*. 8). Diese Verordnung dehnten

(4) Die Juristen auf den Fall aus, wenn der Vater zwar nicht gefangen, aber doch abwesend ist, und man nicht weiß, wo er sich aufhält (* 9).

(5) Ist endlich der Vater blödsinnig: so behaupteten einige Juristen, daß die Töchter zwar heyrathen könnten, aber nicht der Sohn; denn bey der Verheyrathung der Töchter sey es, wie ich vorhin bemerkte, genug, wenn der Vater nicht dissentire. Andere glaubten, auch der Sohn dürfe heyrathen.

then. K. Marcus Antoninus entschied diesen Streit dahin, daß Söhne und Töchter eines *mente capti* heyrathen dürften. Allein nun fragte sichs: ob dieß auch bey Kindern eines furiosi gelte? Nemlich mente captus heißt hier einer, der ohne Hoffnung der Besserung und ohne Unterlaß von Verstand ist; furiosus, ein Rasender, welcher zuweilen zu sich kommt, intervalla furoris hat, und dessen Herstellung man hoffen kann. Einige glaubten, die Kinder eines solchen furiosi müßten ein intervallum furoris oder die Herstellung seiner Vernunft abwarten. Justinian entschied auch diesen Streit in der L. si furiosi 25. C. h. t. (V. 4.) und erlaubte den Kindern eines furiosi zu heyrathen (* 10), wenn die Obrigkeit oder der Bischof mit Zuziehung des Curators vom Blödsinnigen und der Verwandten die Heyrath rathsam findet.

Gesetzt aber, die Kinder schliessen eine Ehe, ohne des Vaters Einwilligung einzuholen, was ist alsdenn Rechtens? Nach dem Römischen Recht ist die Ehe nichtig (* 11). Das alte canonische Recht bestätigt diese Verordnungen, Cap. 3. X. qui matrimon. accus. poss. Aber das neue ius canonicum, Cap. 6. X. de raptor. geht davon ab. Auch das Tridentinische Concilium hat nach langem und heftigem Streiten der versammelten Bischöffe eine solche Ehe für gültig erklärt. In einigen Deutschen protestantischen Provinzen, z. E. im Braunschweigischen und der Mark Brandenburg ist durch Landesgesetze das Römische Recht bestätigt, und eine dergleichen Ehe für nichtig erklärt, wofern der Vater es verlangt. Allein wo man nun dergleichen Landesgesetze nicht hat, da fragt sichs: wird bey den Protestanten nach dem Römischen und alten canonischen Recht oder nach dem Tridentinischen Concilium gesprochen? Viele angesehene Juristen (* 12) behaupten, daß die Ehe, wenn sie einmal durch priesterliche Trauung vollzogen ist, gelte, ob es gleich an der Einwilligung des Vaters fehle. Allein andere (* 13), denen ich beyzupflichten geneigt bin, behaupten das Gegentheil. In vielen Landesgesetzen wird auch die Einwilligung der Mutter, der Großeltern und des Curators erfordert. Doch ist die Ehe nicht ungültig, wenn sie ohne diese Einwilligung geschlossen wird, in so fern es die Gesetze nicht ausdrücklich vorschreiben (* 14).

In der Anmerkung ist die Frage berührt: ob zu der Ehe gerade Consens des Vaters nöthig, oder ob die Ratihabition, Genehmigung hinlänglich sey? Consens und Ratihabition sind darin unterschieden: Consens ist die Einwilligung, die ertheilt wird, ehe eine Sache geschieht; Ratihabition aber, welche erfolgt, nachdem sie geschehen ist. (§. 1144.) Also der Sinn der Frage ist: wird zu einer gültigen Ehe erfordert, daß der Vater seine Einwilligung vor deren Schliessung ertheilt; oder ist die Ehe auch gültig, wenn sie der Vater erst billiget, nachdem sie schon geschlossen ist? Boehmer (* 15) hat diese Frage weitläuftig erörtert, und gezeigt, daß nach dem alten Römischen Recht

die Ratihabition nur auf die Zukunft, nicht auf das vergangene wirkte. Wenn die Ehe z. E. im Jahr 1770. geschlossen wurde, und die Genehmigung des Vaters erst im Jahr 1775. erfolgte: so war die Ehe von 1770. bis 1775. unrechtmäßig. Die vor der Genehmigung gebohrne Kinder waren also nicht legitim. Nachdem aber Justinian in der *L.* 25. *Cod. de donat. inter virum et uxor.* (*V.* 16.) und *L.* 7. *Cod. ad SCt. Maced.* (*IV.* 28.) verordnet hat, daß die Genehmigung in allen Geschäften als ein Consens gelten, und rückwärts wirken soll: so hat auch dieß bey der Ehe statt.

(1) *Gundling* diss. de contubernio servorum in Gundlingian. Part. 10. pag. 412. sqq.
(2) *Idem* de coniugio servorum, ibid. pag. 461. sqq.
(3) Eine vortreffliche Abhandlung dieser Materie ist *Ge. Lud. Boehmer* diss. de necessario parentum consensu in nuptiis liberorum, in elect. iur. civ. Tom. 1. Exercit. 16.
(4) L. 12. L. 20. C. de nupt. (V. 4.) L. 7. §. 1. D. de sponsal. *Tob. Iac. Reinharth* diss. de arbitrio patris & matris in nupt. filiar. §. 8.
(5) L. 19. D. de rit. nupt. *Heinecc.* ad L. Iul. et Pap. Popp. lib. 1. cap. 5. p. 65. lib. 2. cap. 20. p. 333. Wenn der Vater eine Tochter zwingen wollte, einen Mann zu nehmen, der ihr nicht gefiel: so war derselben blos in dem Falle erlaubt, sich zu widersetzen, *si indignus moribus* vel *turpis* erat sponsus, wie Ulpian L. 12. §. 1. de sponsal. sagt *Rom. Teller* diss. de duriore feminarum conditione in matrimonio contrahendo, th. 2. §. 3. not. i. th. 6. §. 10. sqq. Heutiges Tages aber läßt man auch andere rechtmäßige Ursachen zu. *I. H. Boehmer* I. E. P. lib. 4. tit. 2. §. 18. *Reinharth* l. c. §. 24.
(6) Arg. L. 12. L. 22. §. 2. D. de capt. et postlim.
(7) L. 9. D. de rit. nupt.
(8) L. 11. D. eod.
(9) L. 10. et 11. D. eod. *Bynkershoek* obs. lib. 5. cap. 24.
(10) *Merill.* ad L. Decis. in Opp. Part. 2. p. 57. sqq.
(11) *Pufendorf* obs. iur. univ. Tom. 3. obs. 43. *G. L. Boehmer* l. c. cap. 4. §. 65.
(12) *Carpzov.* iurispr. consist. lib. 2. def. 60. *Boehmer* princip. iur canon. §. 369.
(13) *I. H. Boehmer* I. E. P. lib. 4. tit. 2. §. 22. tit. 3. §. 51. *Stryk* de dissens. sponsalit. sect. 4. cap. 1. §. 32. Schott's Eherecht S. 187. Auch Herr geheime Justizrath Böhmer vertheidigt diese Meynung noch in der angef. Diss. d. cap. 4. §. 63.
(14) *Selchov* elem. iur. germ. §. 416. *G. L. Boehmer* diss. cit. d. cap. 4. §. 64.
(15) *G. L. Boehmer* diss. cit. §. 21.

§. 113. Von der gesetzlichen Form der Ehe.

Die Ehe muß nach der gesetzlichen Ordnung eingegangen werden. Nach dem Römischen Recht ist weiter nichts erforderlich, als der eheliche Consens, das heißt, beyde Theile müssen einwilligen, daß eine wahre Ehe unter ihnen seyn, und alle rechtliche Wirkungen derselben statt finden sollen. Auch

nach

nach dem alten canonischen Recht ist er hinlänglich. Aber nach der Tridentinischen Kirchenversammlung muß der eheliche Consens in Gegenwart des eigenen Pfarrers der Verlobten und zweyer Zeugen erklärt werden. Eine Einsegnung oder Trauung ist nicht nöthig, ob es gleich viele Juristen, ganz irrig, behaupten. Endlich bey den Protestanten ist durch eine allgemeine Observanz in ganz Deutschland die priesterliche Trauung (hierologia ecclesiastica, benedictio sacerdotalis, copula sacerdotalis) eingeführt. Sie ist ein wesentliches Erforderniß der Ehe, und ohne sie ist keine wahre Ehe möglich (* 1). Uebrigens heißt jene Erklärung des ehelichen Consenses in Gegenwart des Pfarrers und zweyer Zeugen bey den Catholiken, und die priesterliche Trauung bey den Protestanten die kirchliche Feyerlichkeit (*solennitas ecclesiastica*) der Ehe.

Die Anmerkung bestimmt den Unterschied zwischen der Ehe und dem Concubinate. Concubinat hieß bey den Römern die Verbindung eines unverheyratheten Mannes mit einer Weibsperson, Kinder zu zeugen, die aber nicht in der Absicht geschlossen wurde, daß die Weibsperson die Rechte einer Ehefrau, und die Kinder die Rechte ehlicher Kinder erhalten sollten. Dieser Concubinat war eine conjunctio licita; denn die Gesetze bestraften ihn gar nicht; aber nicht legitima, er hatte die gesetzliche Wirkungen der Ehe nicht (* 2). Vom Concubinat war *pellicatus* unterschieden, wenn ein verheyratheter Mann neben seiner Frau noch eine Verbindung zum Beyschlaf mit einer andern ledigen Weibsperson hatte. Diese Verbindung war unerlaubt. Heutigestags versteht man unter dem Concubinat entweder a) eine Verbindung zum unehlichen Beyschlaf, bey der meistens man keine Kinder wünscht, noch weniger an gemeinschaftliche Erziehung denkt, und die auch gewöhnlich nicht auf Lebenszeit eingegangen wird, das Maitressenhalten. b) Eine Gewissensehe (mariage de conscience), eine Verbindung, worin ich eine Weibsperson für meine wirkliche Ehefrau, und sie mich für ihren Ehemann erklärt und aufnimmt, die aber ohne kirchliche Feyerlichkeit vollzogen wird. c) Die Ehe zur linken Hand (matrimonium ad morganaticam, ad legem Salicam) das heißt eine Ehe, bey welcher zwar die kirchliche Feyerlichkeit beobachtet, aber zugleich festgesetzt ist, daß die Frau nicht die Dignität des Mannes, die Kinder nicht den Stand des Vaters, auch das völlige Successionsrecht anderer ehlicher Kinder nicht bekommen, sondern mit einer gewissen Summe abgefunden werden sollen. Die erste Verbindung ist im canonischen Recht und den Deutschen Reichsgesetzen verboten; auch die andere ist weder nach weltlichen, noch nach geistlichen Gesetzen eine gültige Ehe; sie ist auch nur dem hohen Adel erlaubt, und die aus derselben erzeugte Kinder succediren nicht. Dieß ist wenigstens die richtigere Meynung (* 3); wiewohl viele Juristen das Gegentheil behaupten. Die dritte ist zwar eine gültige Ehe, aber doch nur

bey dem hohen Adel gewöhnlich. Ob sie andern Personen erlaubt sey? ist zweifelhaft (* 4).

(1) *I. H. Boehmer* in I. E. P. lib. 4. tit. 3. §. 39. sqq. wiewohl einige Theologen und Juristen anderer Meynung sind. Man s. z. E. *Reinh. Fridr. Sahme* diss. de matrimon. legitimo absque benedict. sacerdotali. Regiom. 1720. rec. Hal. 1744. *Alex. Guin. Pagenstecher* diss. qua adstruitur benedictionem sacerdotalem non esse de essentia matrimonii. Teutob. ad Rh. 1752.

(2) Eine Vergleichung der Ehe und des Concubinats hat *Ramos del Manzano* tract. de concubinis in Meermann. thesaur. T. 5. p. 551. seqq. *Heineccius* ad L. Iul. et Pap. Popp. L. 2. Cap. 4.

(3) *Ducker* de latinit. ICtor. pag. 157. L. ult. §. 2. D. de divort. *Gatzert* progr. de liberis ex matrimonio conscientiae illegitimis, Giss. 1773.

(4) *Leyser* sp. 209. m. 2. bejahet es. Aber *Cocceji* und Lynker an den von Leyser citirten Orten, *Cramer* de iuribus nobilit. avit. T. 1. cap. 4. p. 236. seqq. *Ludolph* de iurib. fem. illustr. P. 1. §. 15. n. 3. *Claproth* iurisprud. hevrematica Part. 1. sect. spec. cap. 1. tit. 14. §. 138. *G. L. Boehmer* Princip. iur. can. §. 357. und von *Selchov* diss. de matrimonio nobilis cum vili et turpi persona, §. 21. in elect. iuris Germ. p. 384. behaupten das Gegentheil, und halten diese Ehe unter Privatpersonen für ungültig, wenn sie ohne Einwilligung des Landesherrn geschlossen wird. Im neuen preußischen Gesetzbuche 1 Th. S. 128. und S. 226. ist sie den Unterthanen mit gewissen Einschränkungen verstattet.

§. 114. Von verbotenen Ehen.

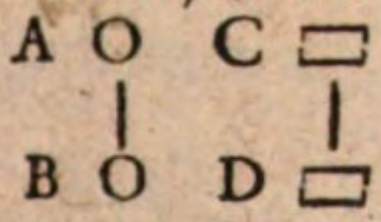
Weil die Ehe nach gesetzlicher Vorschrift vollzogen werden muß: so folgt ferner, daß die Personen keine gültige Ehen schliessen können, denen es die Gesetze verbieten. Die Gesetze aber untersagen es manchen Personen, weil sie zu nahe verwandt oder verschwägert sind; andern, weil die Ehe wider den Wohlstand ist; noch andern, weil, obgleich die Personen nicht verwandt oder verschwägert sind, die Ehe in andern Rücksichten für die Religion oder den Staat gefährliche Folgen haben könnte. Im ersten Fall heißt die Ehe *nuptiae incestae*, blutschänderische Ehe, im andern *indecorae*, im letzten *noxiae*. Wird eine Ehe, die an sich nichtig ist, bona fide, eingegangen, das heißt, entweder beyden Theilen oder einem derselben ist unbekannt, daß die Ehe nichtig ist: so heißt sie *matrimonium putativum*. Dahin gehört z. E. die Ehe zwischen Bruder und Schwester, denen ihre Verwandtschaft unbekannt ist. Die aus einer solchen Ehe gebohrne Kinder sind legitim, und, wenn anderst der Vater in bona fide ist, auch in der väterlichen Gewalt (* 1).

(1) *Hert.* diss. de matrimonio putativo, in opuscul. Vol. 1. Tom. 1. n. 7. *Ern. Christ. Westphal* diss. de veris casibus matrimonii putativi, Hal. 1758. *Reinharth* ad *Christin.* Vol. 1. Obs. 78. 79.

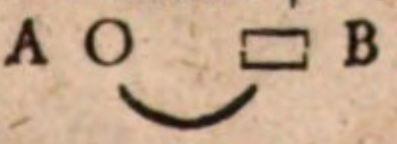
§. 115. Was sind Verwandte und Schwäger?

Eine blutschänderische Ehe wird unter Personen geschlossen, die zu nahe verwandt oder verschwägert sind. Es ist also zu untersuchen: was Verwandte und Schwäger, und was zu nahe Verwandte und Schwäger sind? Verwandte oder Blutsfreunde sind Personen 1) deren eine von der andern abstammt, oder 2) die von einem gemeinschaftlichen Stamme, (Einem Stammvater, oder Einer Stammmutter) herkommen. Vater und Sohn sind Verwandte, weil dieser von jenem unmittelbar abstammt; Großvater und Enkel, weil der letzte von dem ersten mittelbar herkommt. Bruder und Bruder, Neffe und Oheim, Geschwister Kinder sind verwandt, weil sie einen gemeinschaftlichen Stammvater, oder eine gemeinschaftliche Stammmutter haben. Ob die Procreation in einer rechtmäßigen Ehe, oder in einem unehlichen Beyschlafe, oder in einem Contubernium, einer Sklaven-Ehe, geschehen ist, ist einerley. Z. E. der Vater eines unehlichen Kindes ist eben sowohl mit ihm verwandt, als der Vater eines ehlichen; ein Sklav ist mit seinen Kindern, Geschwistern u. s. w. verwandt, so wohl, als ein Freyer. Die Adfinität oder Schwägerschaft ist eine Verbindung zwischen einem Concumbenten und des andern Concumbenten Verwandten. Wenn ich eine Person beschlafe, welche Verwandte hat: so werde ich mit diesen Verwandten verschwägert; der Beyschlaf mag übrigens in der Ehe, oder auser derselben geschehen (*[1]).

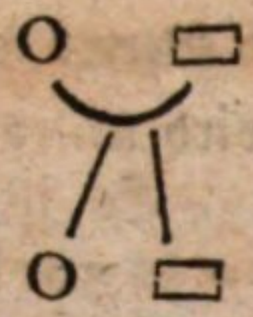
Um die Verwandtschaften und Schwägerschaften deutlicher vorstellen zu können, hat man Zeichen erfunden. Eine Person, sie sey Mann oder Weib, wird so bezeichnet: O. Will man aber Mannspersonen und Weibspersonen unterscheiden: so ist für das männliche Geschlecht dieses: O, für das weibliche sind folgende Zeichen bestimmt: ▭ △ ▽ — Wenn man andeuten will, daß zwey Personen von einander abstammen: so setzt man sie über einander, und verbindet sie durch einen von oben nach unten gehenden Strich.



A hat den B gezeugt, C hat die D gebohren. Um Personen anzuzeigen, die mit einander concumbiren, verbindet man sie durch eine krumme Linie

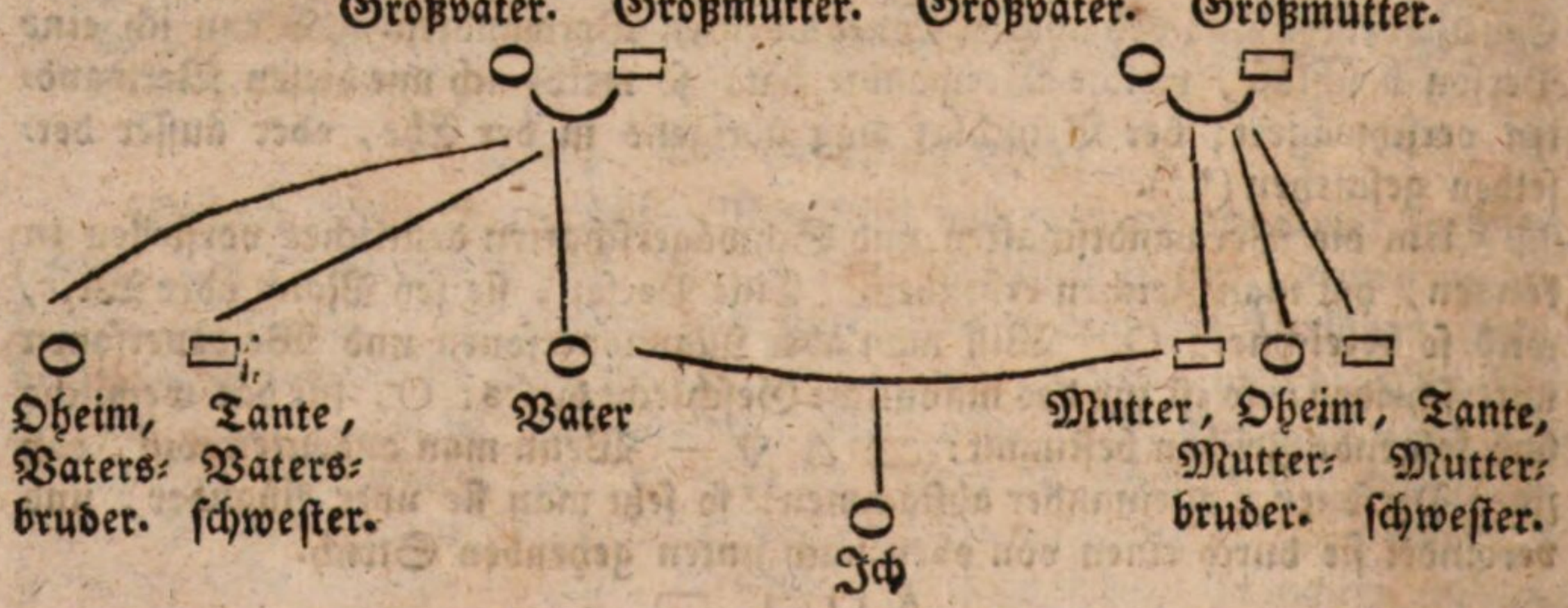


A und B haben in oder auser der Ehe concumbiret. Wenn also Vater, Mutter und Kinder bezeichnet werden sollen; so geschieht dieses also:

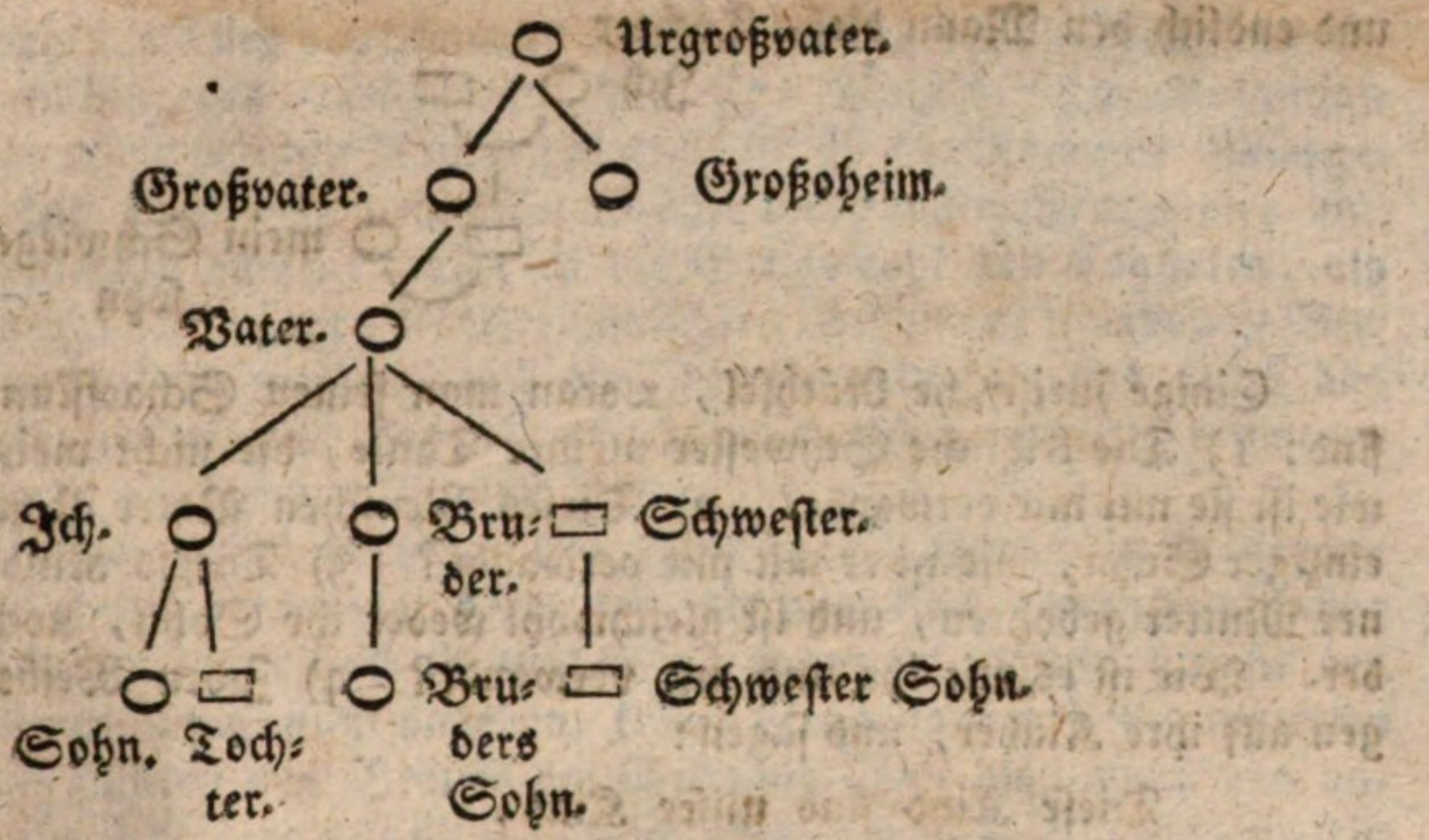


Wenn eine Person verstorben ist: so wird sie durchstrichen

B ist also verstorben, A C und D sind noch am Leben. Mit diesen Zeichen ist es leicht, ganze Verwandtschaftstafeln, oder Sipschaftsbäume (schemata cognationis) zu entwerfen. Hier sind einige:



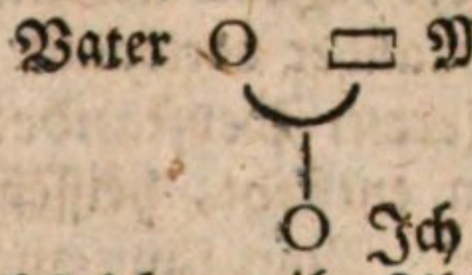
Urgroß-



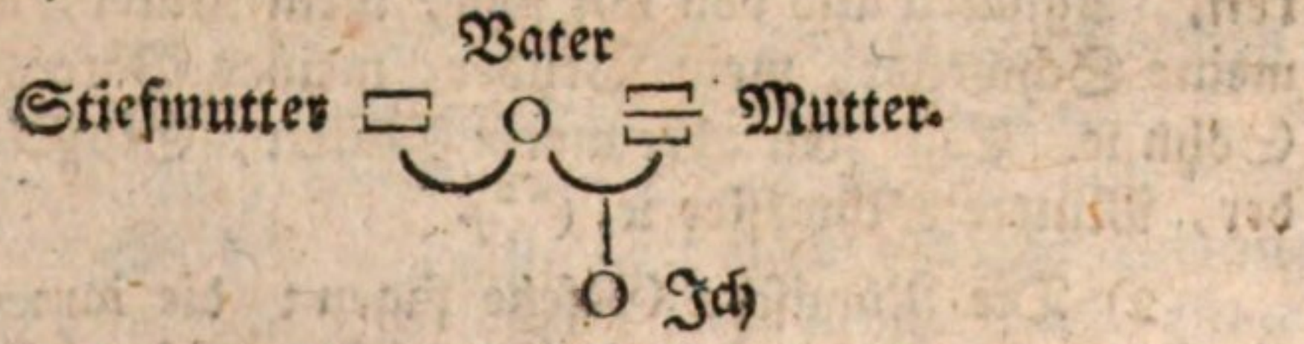
Eine nützliche Uebung für Anfänger ist es, solche Tafeln zu verfertigen; und sie haben dabey zu bemerken, daß man jedesmal bey sich selbst die Bezeichnung anfängt. Wenn ich z. E. meine Stiefmutter vorstellen soll: so setze ich mich zuerst hin.

O Ich

Alsdann steige ich hinauf, und setze meine Mutter und meinen Vater.



Nun wird die Mutter durchstrichen, ihr Absterben anzuzeigen, und dem Vater eine zweyte Frau gegeben,



Soll ich meinen Schwiegersohn vorstellen: so setze ich mich an

O Ich

Alsdann meine Frau und Tochter,

und endlich den Mann dieser Tochter

Einige juristische Räthsel, woran man seinen Scharfsinn üben kann, sind: 1) Die leibliche Schwester meiner Tante, die nicht meine Tante ist, wie ist sie mit mir verwandt? 2) Dieses Menschen Vater ist meines Vaters einziger Sohn, wie ist er mit mir verwandt? 3) Dieses Kind ist von meiner Mutter gebohren, und ist gleichwohl weder ihr Sohn, noch mein Bruder. Wie ist es mit ihr und mir verwandt? 4) Zwey Weibspersonen zeigen auf ihre Kinder, und sagen:

Diese Kind sind unsre Kind,
Ihre Väter unsre Brüder sind,
Und dieses doch in rechter Eh:
Nun rathe, wie die Sippschaft steh!

Die Auflösung dieser Räthsel soll unten mitgetheilt werden.

Anmerkung. 1) Die cognati sind nach Römischem Recht entweder *cognati* und *agnati* zugleich, oder *cognati* allein. Nemlich Blutsfreunde, die durch Mannspersonen mit einander verwandt sind, heissen *agnati et cognati simul*, oder *agnati* in engerem Verstande; solche aber, deren Verwandtschaft durch Weibspersonen entsteht, heissen *cognati* allein, oder *cognati* in strengerem Verstande. Man kann auch sagen: bey den Agnaten entsteht die Verwandtschaft durch Zeugung, bey den Cognaten durch gebähren. Agnaten also von mir sind, mein Vater, mein Sohn, meine Tochter, meine Schwester, mein Bruder, meines Vaters Bruder, meines Bruders Sohn ꝛc. Cognaten aber meine Mutter, Großmutter, meiner Mutter Bruder, Mutter Schwester ꝛc. (*2).

2) Die Römische Gesetze sagen: die iura cognationis seyen naturalia, die iura agnationis aber civilia. Was heißt dieß? Ich glaube, es will so viel sagen: die Natur selbst hat schon Blutsfreunde, auch die blose Cognaten verbunden; die bürgerliche Gesetze aber haben unter den Agnaten noch eine neue und besondere Verbindung geknüpft; oder cognatio ist die natürliche Verwandtschaft des Blutes, agnatio die Verbindung, welche die bürgerliche Gesetze unter den Verwandten gestiftet haben (*3). Die Wirkungen also, welche die Verwandtschaft nach dem Naturrecht hervorbringt, haben bey den

Cogna:

Cognaten sowohl, als bey den Agnaten statt; denn beyde sind Blutsfreunde. Die Wirkungen hingegen, welche das Römische Recht der Verwandtschaft beylegt, finden allein bey den Agnaten statt. Z. E. die Römische Gesetzgeber glauben, daß schon nach dem Naturrecht die nächste Verwandten einander nicht heyrathen dürfen; daher ist die Ehe sowohl den Cognaten, als Agnaten untersagt. Hingegen die Verbindlichkeit über meine unmündige Verwandten Vormund zu werden, und die Intestaterbfolge sind durch das Römische Recht eingeführt, das Naturrecht weiß nichts davon; deswegen finden beyde auch nur bey den Agnaten statt.

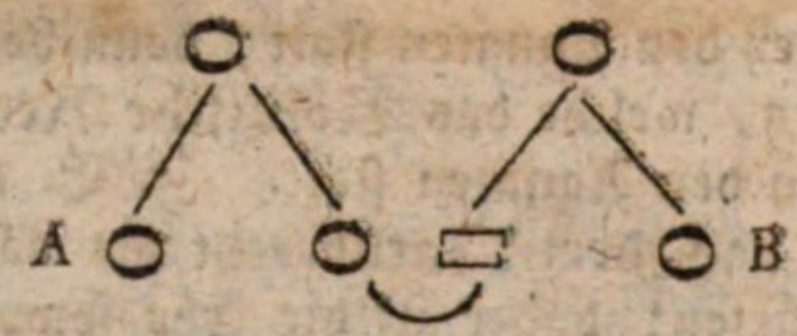
3) Die Agnaten sind entweder Gentilen oder Agnaten in strengerem Verstande. Gentiles nennte man Personen, die zwar einen gemeinschaftlichen Stammvater hatten, aber doch so weitläuftig verwandt waren, daß sie den Grad der Verwandtschaft nicht angeben, keinen Stammbaum mehr entwerfen konnten. Sie führten den Beweis der Verwandtschaft blos durch das nomen gentilitium, imagines gentilitias, sacra gentilitia u. d. g. Solang ein Römer noch wußte, wie er mit dem andern verwandt war, nennte er ihn seinen Agnaten (*4).

4) Justinian hat den rechtlichen Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten aufgehoben; die Cognaten kommen zur Vormundschaft und Succession mit den Agnaten.

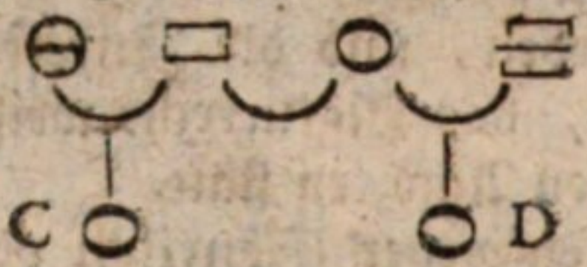
5) Die Verwandtschaft ist entweder blos natürlich, oder blos bürgerlich, oder beydes zugleich. Eine Verwandtschaft, welche durch die Annehmung an Kindesstatt entsteht, heißt blos bürgerlich; die, welche durch unehlichen Beyschlaf, oder durch eine Sklavenehe (contubernium servile) entsteht, ist blos natürlich; diejenige endlich, welche durch ehliche Fortpflanzung bewirkt wird, heißt bürgerlich und natürlich zugleich. Alle drey Arten von Verwandtschaften sind übrigens ein Hinderniß der Ehe.

6) Die Quasiadfinität entsteht entweder aus dem Eheverlöbniß, oder bleibt nach der Ehescheidung. Wenn ich mich nemlich mit einer Person verlobe: so werde ich von ihren Verwandten ein quasi adfinis; und wenn ich mich von meiner Ehefrau scheiden lasse, sie aber nach der Ehescheidung Kinder von einem andern Manne gebiehrt: so sind diese meine quasi adfines. Auch wenn ich nach der Ehescheidung Kinder mit einer andern Frau zeuge: so sind sie quasi adfines von meiner ersten Ehefrau.

7) Wenn zwey Personen einander beyschlafen: so werden dadurch die Verwandten der einen Person keine Schwäger von den Verwandten der andern (consanguinei duorum concumbentium non sunt adfines), z. E. der Bruder eines Ehemannes ist kein Schwager von dem Bruder der Ehefrau; oder kurz A und B sind keine Schwäger.



Auch zugebrachte Kinder; (conprivigni) C und D sind nicht verschwägert.



(1) Modestinus sagt zwar L. 4. §. 8. D. de grad. et aff. Die Affinität entstehe nur aus iustis nuptiis. Allein er redet von einer vollkommenen Schwägerschaft. *Vinn.* §. 9. h. t.

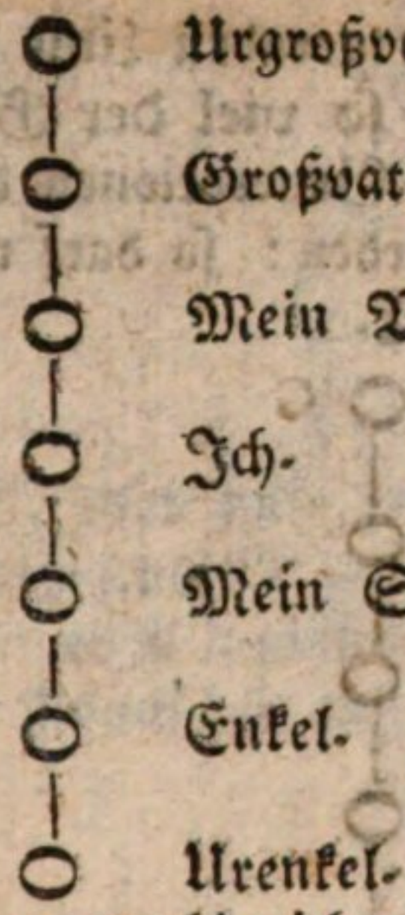
(2) *D'Arnaud* var. coniect. lib. 1. cap. 6. und *Ern. Martin. Chladenius* de gentilitate vet. Rom. cap. 1. §. 7. p. 12. behaupten, nur in den Seitenlinien gebe es Agnaten, nicht in der auf- und absteigenden. Aber *Püttmann* interpret. et observ. cap. 10. widerlegt diese sonderbare Meinung gründlich.

(3) L. 23. D. de adopt. sagt: adoptio non ius sanguinis, sed agnationis adfert.

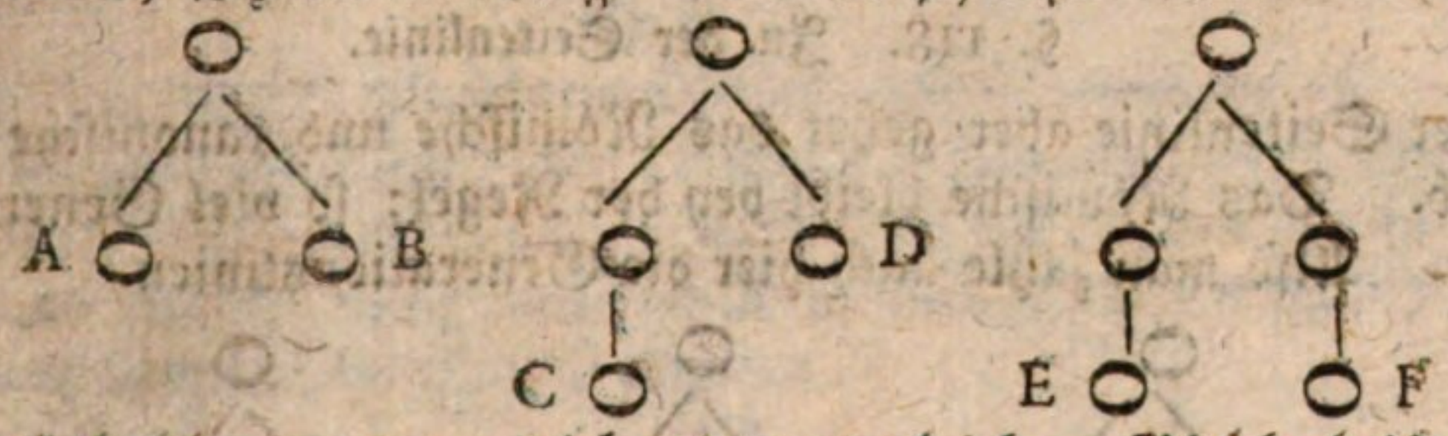
(4) *Chladenius* l. c. cap. 1. §. 3. et 7. cap. 6. §. 3.

§. 116. Von den Graden und Linien.

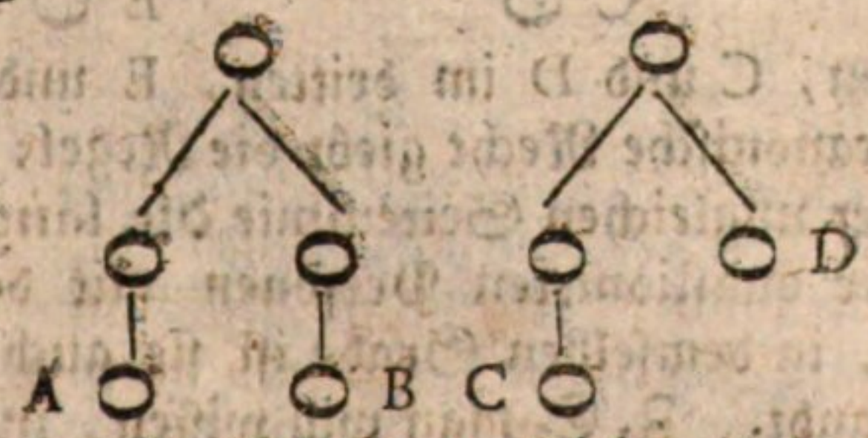
Bey der Blutsfreundschaft sind die **Linien** und die **Grade** zu bemerken. Der Grad ist die **Entfernung der Verwandten**. Ich kann von zwey Personen ein Verwandter, aber doch mit der einen näher, als mit der andern verwandt seyn. Diese verschiedene Entfernung zweyer Personen von einander in Absicht ihrer Verwandtschaft heißt der Grad. Die **Linie** ist eine **Reihe von Verwandten**, das heißt, mehrere Verwandten zusammen genommen, machen eine Linie aus. Die Linie ist entweder die gerade oder die Seitenlinie. Wenn ich von einem abstamme, oder er von mir: so sind wir in der geraden Linie verwandt. Diese Linie enthält also **Nachkommen** oder **Descendenten**, und **Vorfahren** oder **Ascendenten**. Nemlich meine Nachkommen oder Descendenten heissen alle die, welche von mir abstammen; mein Sohn, Enkel, Urenkel ꝛc.; meine Vorfahren oder Ascendenten diejenige, von denen ich abstamme; mein Vater, Großvater, Urgroßvater ꝛc. ꝛc. Die gerade Linie wird auf diese Art vorgestellt:



In der Seitenlinie hingegen bin ich mit einem verwandt, wenn ich nicht von ihm, und er nicht von mir abstammt, wir aber einen gemeinschaftlichen Stammvater oder Stammmutter haben. Seitenverwandten oder collaterales also sind Brüder AB; Oheim und Neffe CD; Geschwister-Kinder EF ꝛc.



Die Seitenlinie ist entweder gleich oder ungleich. Gleich heißt sie, wenn die eine Person so weit vom gemeinschaftlichen Stamme absteht, als die andere; ungleich, wenn die eine näher bey dem gemeinschaftlichen Stamme steht, als die andere. Z. E.

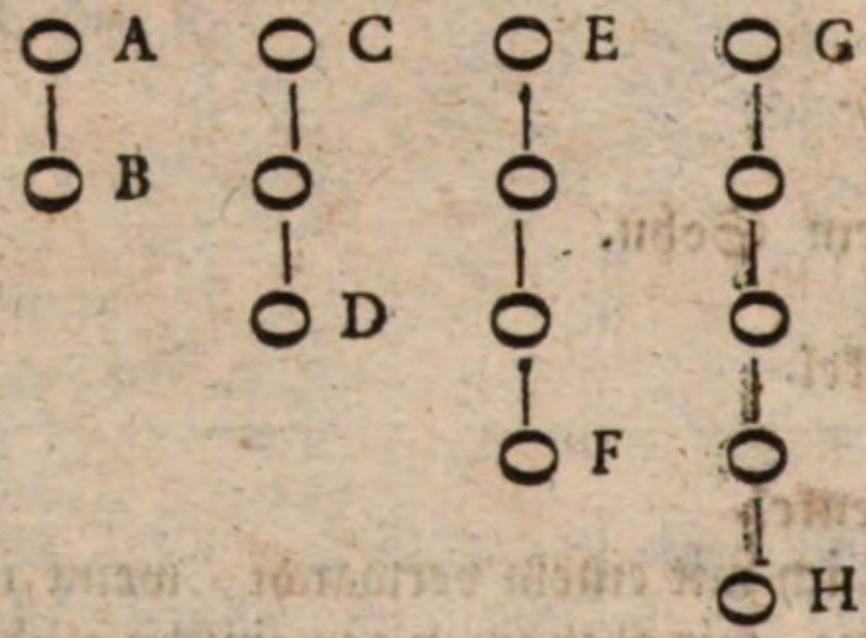


A und B sind in gleicher, C und D in ungleicher Linie verwandt.

§. 117. Zählung der Grade in gerader Linie.

Der Grad ist die Entfernung der Verwandten. (§. 116.) Es fragt sich also: wie bestimmt man diese Entfernung, wie zählt man die Grade? Man unterscheide hier die Römische und canonische Zählungsart, (computa-

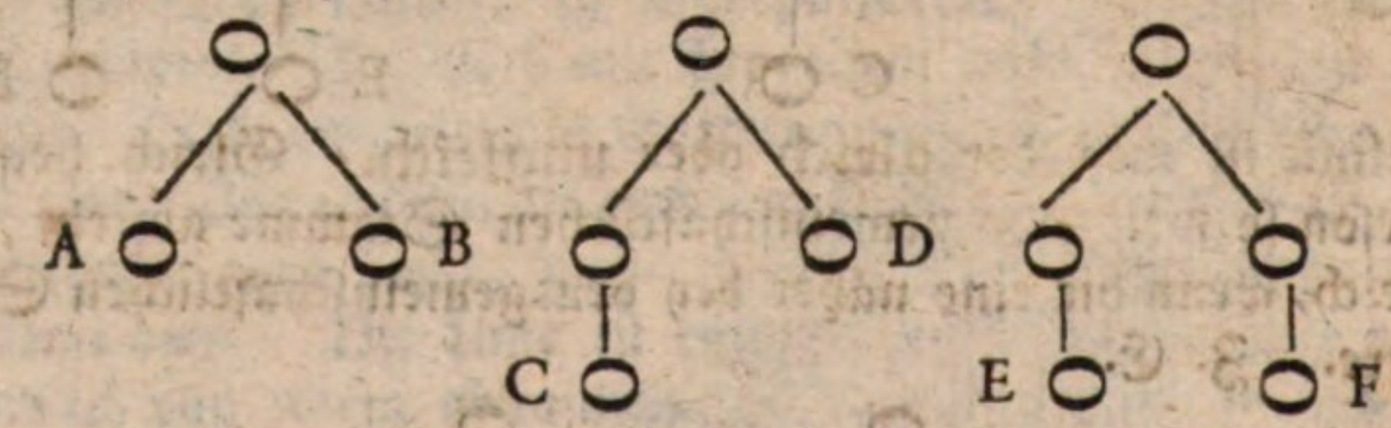
tionem civilem et canonicam). In der geraden Linie stimmen beyde Rechte überein; denn beyde haben die Regel: so viel der Generationen sind, so viel sind der Grade. Da nun die Generationen durch Striche, die von oben nach unten gehen, angedeutet werden: so darf man nur diese Striche zählen, und man weiß die Grade; z. E.



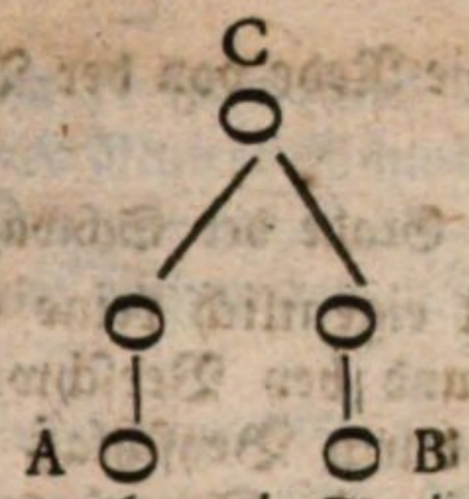
A und B sind im ersten, C und D im zweyten, E und F im dritten, G und H im vierten Grade verwandt.

§. 118. In der Seitenlinie.

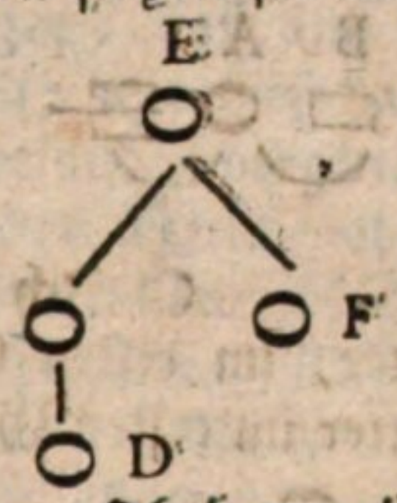
In der Seitenlinie aber gehet das Römische und canonische Recht von einander ab. Das Römische bleibt bey der Regel: so viel Generationen, so viel Grade. Also man zähle auch hier die Generationslinien.



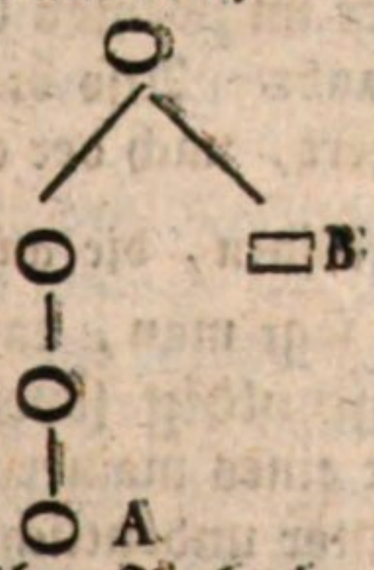
A und B sind im zweyten, C und D im dritten, E und F im vierten Grade verwandt. Aber das canonische Recht giebt die Regel: man zähle nur Eine Seite, und zwar in der ungleichen Seitenlinie die längste Seite. In dem Grade, worin eine der quästionirten Personen mit dem gemeinschaftlichen Stamme verwandt ist, in demselben Grade ist sie auch mit der andern quästionirten Person verwandt. Z. E. man will wissen, in welchem Grade Geschwister-Kinder A und B verwandt sind.



Man zähle wie A mit C, oder auch, wie B mit C verwandt ist. Thut man dieß: so findet man, daß jeder im zweyten Grade mit C verwandt sey. In diesem Grade sind daher auch A und B nach canonischem Recht unter einander verwandt. Nach dem Römischen stehen sie im vierten Grade. Oder



man will wissen, wie D mit seinem Oheim, mit F verwandt ist. Man zähle die längste Seite, das heißt, wie D und E verwandt sind. Sie stehen im zweyten Grade. Also sind D und F nach dem canonischen Recht auch Verwandte des zweyten Grads; nach dem Römischen stehen sie im dritten Grade. Meines Großvaters Schwester ist mit mir,



oder B ist mit A nach dem canonischen Recht im dritten, nach dem Römischen im vierten Grade verwandt. Daß die Römische Art zu zählen der Vernunft viel gemässer sey, als die canonische, ist offenbar. Ein jeder fühlt, daß Oheim und Neffe näher verwandt sind, als Geschwister-Kinder unter sich; gleichwohl sind sie nach der canonischen Computation beyde im zweyten Grade verwandt. Die Grade sollen sich auf die Generationen gründen, warum will man aber zwey Generationen für einen Grad zählen, und warum zählt man die Generationen zwischen der einen quästionirten Person und zwischen dem

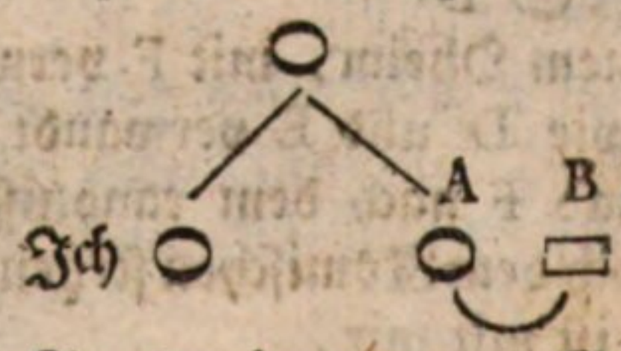
Stamm-

Stammvater, da doch nicht die Rede von der Verwandtschaft zwischen diesen Personen ist?

§. 119. Grade der Schwägerschaft.

Die Schwägerschaft hat eigentlich keine Grade; denn die Grade entstehen aus der Generation, und bey Verschwägerten ist keine Verbindung durch Generation, sondern durch Beyschlaf. Indessen hat man doch die Lehre von den Graden auch auf die Schwäger angewendet, und die Regel festgesetzt: in dem Grad, worin jemand mit mir verwandt ist, in demselben Grad ist auch die Person, welche mit ihm concumbiret, mir verschwägert; z. E.

Ich bin mit A, meinem Vater, im ersten Grade verwandt, daher bin ich auch mit B, meiner Stiefmutter im ersten Grade verschwägert. Oder



Ich bin mit A meinem Bruder im zweyten Grade nach Römischem Recht, im ersten nach canonischem verwandt. Also bin ich mit B im zweyten Grade nach Römischer Zählart verschwägert, nach der canonischen aber im ersten.

§. 120. Personen, die an Eltern statt sind.

Von gewissen Personen sagt man, daß sie mir an Eltern statt, einander elterliche Verehrung schuldig seyen. Ein Blutsfreund nemlich ist mir an Eltern statt, wenn er eines meiner Ascendenten Bruder oder Schwester ist, oder wie es unser Autor undeutlicher ausdrückt, wenn er sich unmittelbar unter dem gemeinschaftlichen Stamme befindet, und ich davon entfernter bin. Z. E.

A ist

A ist mir an Eltern statt; denn er ist meines Vaters Bruder; B ist mir an Eltern statt; denn sie ist meiner Mutter Schwester. Mein Großoncle (thius) und meine Großtante (thia) sind mir ebenfalls an Eltern statt; denn sie sind meines Großvaters Bruder und Schwester. Man nennt dieses Verhältniß den *respectum parentelae.*

§. 121. Regeln von den verbotenen Graden nach Römischem Rechte.

Weiß man die bisher vorgetragene Begriffe und Regeln: so ist es leicht, die Regeln von den verbotenen Graden zu verstehen. Das Naturrecht weiß von verbotenen Graden nichts. Aus der gesunden Vernunft ist nicht zu erweisen, daß es verboten sey, seine Tochter, seine Schwester u. s. w. zu heyrathen. Denn man müßte zeigen, daß aus einer solchen Ehe nothwendig natürliche böse Folgen entstünden, und dieß hat noch Niemand beweisen können. Allein die Positivgesetze erlauben dergleichen Ehen nicht. Das Römische Recht sagt: 1) in der geraden Linie, oder zwischen Ascendenten und Descendenten ist die Ehe bis ins Unendliche (das heißt, der Grad mag so entfernt seyn, als er will) verboten. Also Vater und Tochter, Mutter und Sohn, Großvater und Enkelin, Großmutter und Enkel ꝛc. dürfen einander nicht heyrathen; und wenn Adam wieder auferstünde: so dürfte er nach dieser Regel keine Erdentochter freyen, weil sie alle in gerader Linie von ihm abstammen. 2) In der Seitenlinie ist der zweyte Grad verboten, das heißt, Geschwister dürfen einander nicht heyrathen. 3) Die folgende Grade sind erlaubt, wenn nur eine Person der andern nicht an Eltern statt ist. Denn wenn dieß ist: so verhindert respectus parentelae die Ehe. Also Geschwisterkinder können sich heyrathen, aber Oheim und Niece, Tante und Neven nicht.

§. 122. Verbote des Mosaischen Rechts.

Im Mosaischen Gesetze, und zwar 3. B. Mos. 18. und 20. Cap. ist 1) die Ehe verboten zwischen Eltern und Kindern, 2) zwischen Großvater und Enkelin, 3) zwischen Geschwistern, 4) zwischen mir und meines Vaters Schwester, desgleichen 5) zwischen mir und meiner Mutter Schwester.

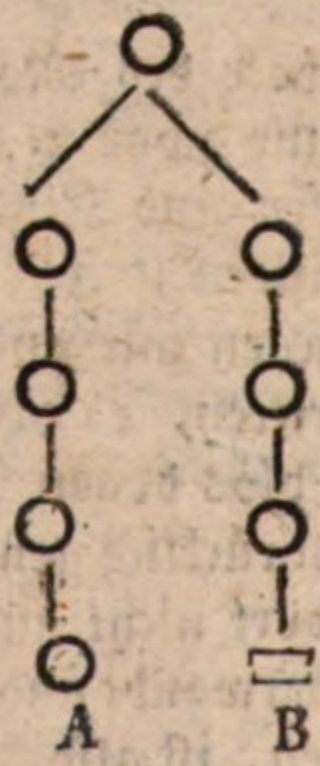
Es wird aber darüber gestritten, 1) ob die Personen, oder die Grade verboten sind; das heißt, ob blos denen Personen das Heyrathen untersagt ist, die im dritten Buch Mos. ausdrücklich genennt sind, oder ob auch solchen Personen die Ehe verboten ist, die dort nicht ausdrücklich genennt sind, die aber in demselben Grade mit einander verwandt sind, wie die dort benannte? Nemlich die Ehe mit der Tante ist verboten, ist also die Ehe mit dem Oheim auch untersagt? Ferner, da der Großvater die Enkelin nicht heyrathen darf: so fragt sichs: ob der Enkel die Großmutter nehmen könne? 2) Ob die Mosaische Gesetze die Christen verpflichten, oder ob der Landesherr die von

Moses verbotene Ehen erlauben könne? Die Entscheidung dieser Fragen gehört nicht hieher, sondern in die theologische Moral, und in eine Abhandlung des Mosaischen Rechtes (*1). Indessen will ich sie kürzlich beantworten. Was die erste Frage betrifft: so ist man jetzt so ziemlich darüber einig, daß Moses nur die Personen, nicht die Grade habe verbieten wollen. Doch ist es wohl keinem Zweifel unterworfen, daß er die Ehe der Großmutter mit dem Enkel, so wie alle Heyrathen in gerader Linie stillschweigends verbieten wollte, und nur deswegen nicht mehr Fälle nennte, weil er glaubte, sie würden nicht vorkommen. Wie wird es z. E. einem Enkel einfallen, seine Großmutter, einem Urgroßvater seine Urenkelin zu heyrathen? Die zweyte Frage ist nach dem Urtheil der neuern aufgeklärtesten Theologen zu verneinen. Die Mosaische Eheverbote sind bloße Policeygesetze, welche allein den jüdischen Staat angehen. Der Landesherr kann also Ehen erlauben, welche Moses verbietet. Allein rathsam ist es doch nicht, Ehen zwischen Ascendenten und Descendenten, oder zwischen Geschwister zu verstatten. Dieß würde viele schädliche Folgen haben (*2).

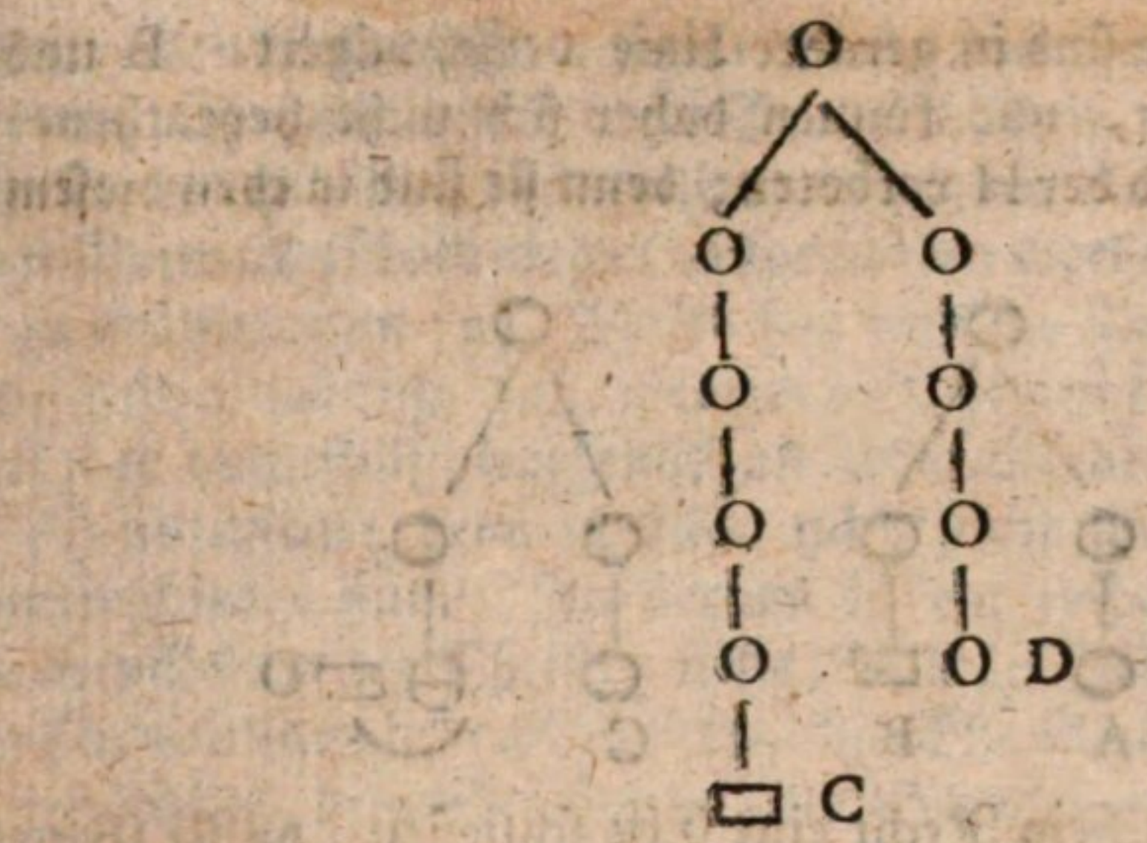
(1) Man sehe *Gebauer* diss. de matrimonio cum avunculi vidua cap. 2. §. 2. et 3. in opusc. vol. 1. p. 254. sqq. Michaelis Abh. von den Ehegesetzen Mosis, Göttingen 1768. 4. und dessen Mos. Recht. 2. Theil. §. 101. u. f.
(2) S. Michaelis Mos. Recht a. a. O. Schott's Eherecht S. 238. u. f.

§. 123. Verbote des canonischen und protestantischen Kirchenrechts.

Das canonische Recht verbietet die Ehe 1) in der geraden Linie alle Grade hindurch. 2) In der Seitenlinie bis auf den vierten Grad, nach canonischer Zählungsart. Also



A und B dürfen sich einander noch nicht heyrathen, weil sie im vierten Grad verwandt sind. Die entferntere Grade sind erlaubt. Also



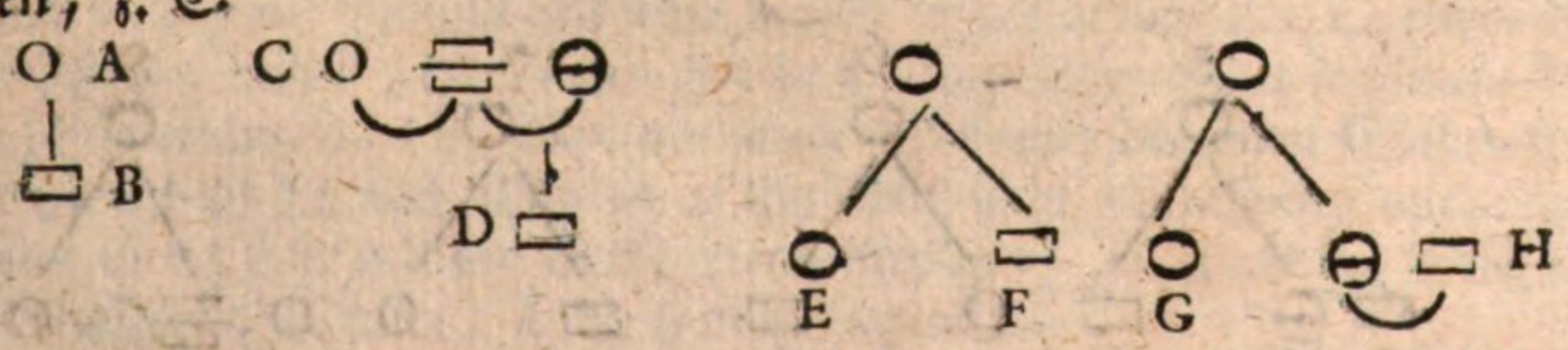
C und D dürfen einander heyrathen: denn sie sind im fünften Grade verwandt.

In protestantischen Ländern sieht man 1) auf die Mosaische Gesetze und 2) auf die Kirchenordnungen. Man hat nemlich in vielen Ländern die Mosaische Eheverbote in den Kirchenordnungen theils bestätigt, theils weiter ausgedehnt, und noch mehrere Ehen verboten, als in der Bibel untersagt sind. Wo man dergleichen Ordnungen aber nicht hat, da ist, meiner Meynung nach, blos auf das Mosaische, nicht auf das Römische, und noch weniger auf das canonische Recht Rücksicht zu nehmen (* 1).

(1) Andere halten dafür, daß das Römische und canonische Recht allerdings bey den Protestanten gelte. Noch andere, daß durch eine beynahe allgemeine Observanz der dritte Grad, und die entferntere, wobey respectus parentelae eintritt, verboten, die übrigen aber erlaubt seyen. S. *G. L. Boehmer* princ. iur. can. §. 390. not. b. Schott's Eherecht S. 252. u. f.

§. 124. Ehen, die wegen der Schwägerschaft verboten sind.

Welche Ehen aber sind der Schwägerschaft wegen verboten? Das Römische und canonische Recht haben die Regel: wenn in einer Linie, oder in einem gewissen Grade die Ehe den Verwandten verboten ist: so ist sie in derselben Linie, in demselben Grade auch den Schwägern verboten, z. E.



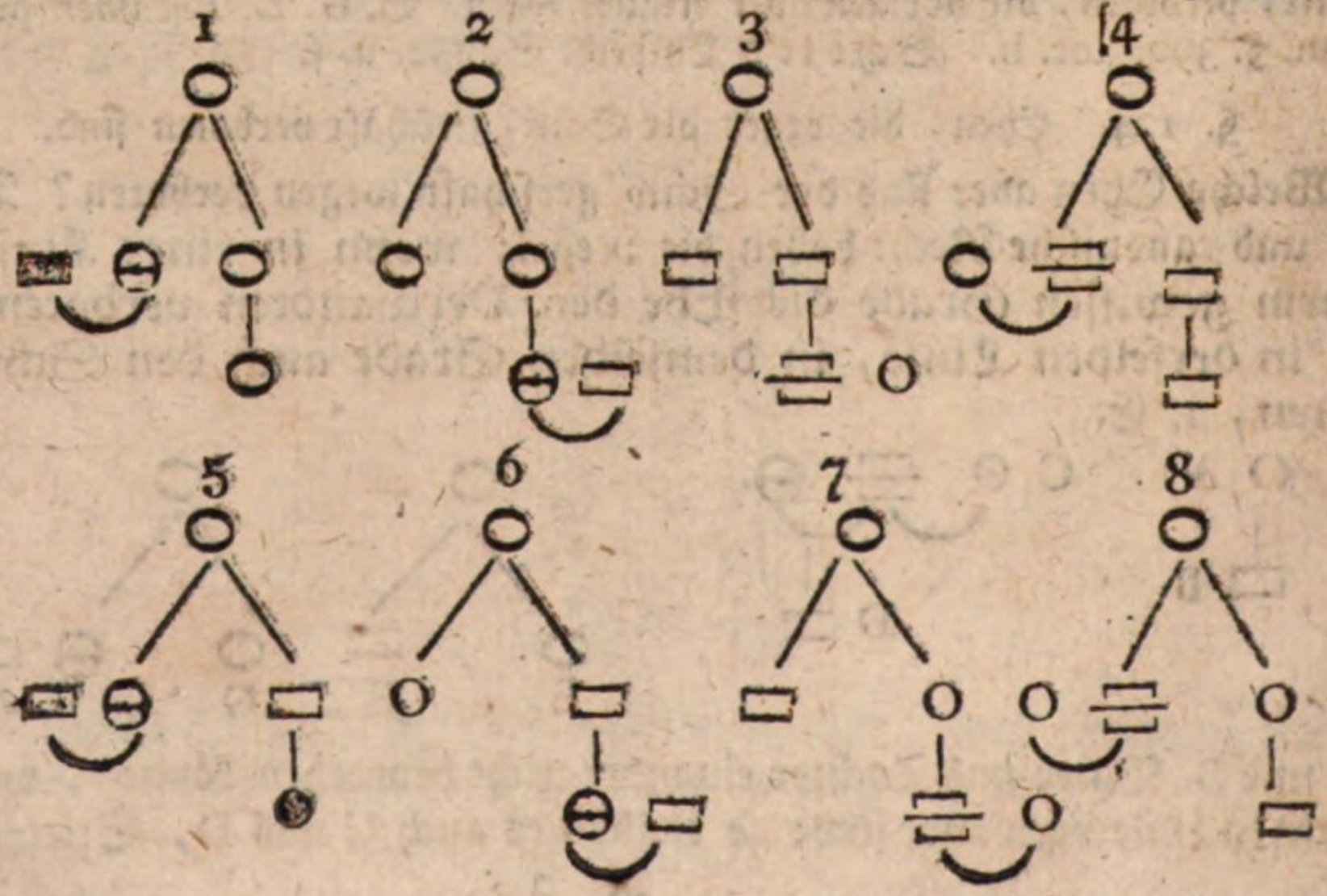
Da A und B, Vater und Tochter einander nicht heyrathen können, weil sie in der geraden Linie verwandt sind: so können es auch C und D, Stiefvater und

Stiefstochter nicht; denn sie sind in gerader Linie verschwägert. E und F sind im zweyten Grad verwandt, und können daher sich nicht heyrathen. Eben daher ist es auch dem G und der H verboten; denn sie sind in eben diesem Grade Schwäger. Hingegen

A und B können nach Römischem Recht eine Ehe schließen, da sie Blutsfreunde im vierten Grade sind. Aus gleichem Grund ist es daher auch dem C und der D erlaubt.

Moses verbietet in der **geraden Linie** die Ehe mit der Stiefmutter, Stiefstochter, und Stiefenkelin, desgleichen mit der Schwiegertochter und Schwiegermutter, doch die letzte nur alsdann, wenn die Ehefrau noch lebt. In der **Seitenlinie**, und zwar im zweiten Grade die Ehe mit der Ehefrauen Schwester, wenn die Ehefrau noch am Leben ist, und die Ehe mit meines verstorbenen Bruders Weib, wenn der Bruder Kinder hinterlassen hat. Denn ist er kinderlos gestorben: so soll ich die Wittwe heyrathen, um ihm Saamen zu erwecken.

Im dritten Grade der Seitenlinie sind folgende Fälle möglich.



Von

Von allen diesen Fällen nennt Moses nur einen einzigen, den ersten; er verbietet die Ehe mit des Vaters Bruders Weib.

Es treten also hier alle die Fragen wieder ein, welche bey den Eheverboten der Verwandtschaft wegen aufgeworfen werden, und sie sind auf dieselbe Weise zu beantworten. a) Moses hat nur die Personen verboten, nicht die Grade, doch glaube ich, daß, wenn er die Ehe mit des Vaters Bruders Wittwe verbietet, er auch stillschweigends die Ehe mit der Mutter Bruders Wittwe (Num. 5.) untersagt; denn ich kann mich nicht überzeugen, daß diese beyde Fälle unterschieden sind. In beyden ist ein respectus patentelae. b) Seine Gesetze verpflichten die Christen nicht, und der Landesherr kann sie abschaffen. c) Indessen würde es bedenklich seyn, die Ehe in allzunahen Graden, z. E. mit der Stiefmutter, dem Stiefvater, der Schwiegertochter u. d. g. zu erlauben.

Vom protestantischen Kirchenrechte ist eben das zu wiederholen, was ich in der Lehre von der Verwandtschaft §. 123. gesagt habe. Man sieht auf die Kirchenordnungen und auf das Mosaische Recht.

(1) *Heinecc.* ad L. Jul. et Pap. Popp. lib. 2. cap. 17. §. 2.
(2) Engelhard am a. O. S. 101. u. f. f.

§. 125. Von unanständigen Ehen.

Die erste Art von verbotenen Heyrathen haben wir kennen gelernt. Die zweyte Art sind die unanständige (nuptiae *indecorae*). Dahin gehört 1) die Ehe eines Freygebohrnen mit einer Person, die artem ludicram getrieben hatte, das heißt, für Geld als Actrice oder Tänzerin auf dem Theater erschienen war; oder die ein Bordel gehalten hatte; oder selbst eine öffentliche Hure gewesen war; desgleichen mit einer, die ein Hurenwirth freygelassen hatte; die im Ehebruch ergriffen, oder wegen dieses, oder eines andern öffentlichen Verbrechens zur Strafe gezogen worden war. 2) Die Ehe eines Senators, oder Senatorkindes, Enkels, Urenkels mit einer Weibsperson von der eben beschriebenen Art; desgleichen mit einer Freygelassenen, oder mit einer Person, deren Eltern das Theater betreten hatten. Auch den Töchtern, Enkelinnen und Urenkelinnen eines Senators war die Ehe mit Mannspersonen von dieser Art verboten. Beyde Verbote waren in der berühmten L. Papia Poppaea enthalten, und Heineccius hat sie am angeführten Ort in seinem Commentar schön erläutert. 3) Wer mit einer Weibsperson einen Ehebruch begangen hat, darf sie nach Römischen Gesetzen nicht heyrathen; auch einem Entführer ist die Ehe mit der Entführten untersagt. 4) Kann der Stiefvater seines Stiefsohns Wittwe, A die B nicht heyrathen.

5) Ist es nicht erlaubt, daß ich die Weibsperson heyrathe, welche meine abgeschiedene Ehefrau von einem andern Manne gebohren hat. Der Grund ist die Quasiadfinität. (§. 115. * VI.) Auch wenn mein Vater, oder mein Sohn als Verlobter stirbt: so darf ich seine Braut nicht zur Ehe nehmen. Die Ursache liegt wieder theils in der Quasiadfinität, theils in der Vermuthung, daß der Verstorbene die Braut schon beschlafen habe; weil man weiß, daß dieß bey Verlobten nicht ungewöhnlich ist. Allein Justinian hat das erste und zweyte Verbot aufgehoben. Justin erlaubte schon in der L. 23. C. de nupt. (V. 4.) die Ehe eines Senators mit einer Schauspielerin, (muliere scenica,) weil Justinian damals ein Frauenzimmerchen dieser Art, seine Theodora, heyrathen wollte; er erforderte aber doch, daß darüber jedesmal bey dem Kaiser ein besonderes Rescript impetrirt werden sollte. Als Justinian zur Regierung gelangte, gab er im Jahr 527, 539 und 541 drey Verordnungen, worinn er die beyde Verbote völlig aufhob. Das dritte Verbot ist im canonischen Recht abgeschafft. Innocentius III. verordnet im cap. fin. X. de raptor. daß der Entführer die Entführte heyrathen dürfe, wenn sie einwilligt; und das Tridentinische Concilium sess. 24 de reform. matr. c. 6. setzt nur hinzu, wenn die Entführte frey, und ausser der Gewalt des Entführers einwilliget. Der Ehebrecher darf nach den cap. 1. 3. 6. X. de eo, qui duxit in matrimonium, quam polluit per adulterium, die Ehebrecherin heyrathen, wenn nur die Ehebrecher einander nicht die Ehe auf den Todtesfall der andern Ehegatten versprochen haben, auch der Ehebrecher seiner Frau, und die Ehebrecherin ihrem Manne nicht nach dem Leben gestanden hat; eine seltsame Verordnung; denn wie kann man es wissen, ob ein solches Eheversprechen geschehen ist, und ob keine Nachstellungen nach dem Leben vorgegangen sind? Das vierte und fünfte Verbot ist zwar nicht aufgehoben; indessen wird es doch nicht schwer seyn, in diesen Fällen Dispensation zu erhalten. Nur muß in dem Falle, wenn jemand seines verstorbenen Vaters oder Sohnes Braut heyrathen will, und einiger Verdacht vorhanden ist, daß der verstorbene der Braut schon beygeschlafen habe, diese sich von dem Verdacht durch einen Eid reinigen (* I).

(1) *Knorr* obs. 83. ad Iust.

§. 126. Von schädlichen Ehen.

Die dritte Gattung von verbotenen Ehen sind die schädlichen (*noxiae*).

Als

Als schädlich ist nemlich 1) die Ehe eines Juden mit einer Christin, und eines Christen mit einer Jüdin verboten. Der Grund ist die Besorgniß, der christliche Ehegatte möchte von dem jüdischen zum Abfall vom christlichen Glauben verführt werden. Aus gleicher Ursache ist auch die Ehe mit einem Unglaubigen, (infideli,) also mit Heiden und Mahomedanern im canonischen Rechte verboten. Can. 15. Caus. 28. Qu. 1. Christen von verschiedenen Religionspartheyen, z. E. Catholiken mit Lutheranern oder Reformirten können in Deutschland ohne Zweifel eine gültige Ehe schließen. 2) Ein Vormund, tutor oder curator, darf sich nicht mit seiner Pflegbefohlenen verheyrathen, ehe er die Vormundsrechnung abgelegt hat. Erst alsdann, wenn a) dieß geschehen, b) die Pflegbefohlne majorenn und c) auch noch die Zeit verflossen ist, binnen welcher sie Restitution in integrum suchen kann (§. 1004.) also wenn sie 29. Jahre alt ist, darf die Heyrath geschlossen werden. Denn die Gesetzgeber besorgen, daß ein treuloser Vormund, welcher übel hausgehalten hat, und mit der Rechnung nicht bestehen kann, eine solche Heyrath brauchen werde, um sich zu decken, und glauben, daß die Ehefrau sich nicht unterstehen werde, Rechnung zu fordern. Die Strafe des Vormundes, der gegen dieses Gesetz handelt, ist die Ehrlosigkeit. Aus gleichem Grunde darf ein Vormund seinen Sohn nicht mit der Pflegbefohlnen verheyrathen, ehe die Vormundsrechnung abgelegt ist. Die Frau würde eben so wenig getrauen, ihren Schwiegervater zur Rechnungsablage anzuhalten. Da in Deutschland die Vormünder unter einer genauern Aufsicht stehen, als bey den Römern: so wird bey uns einem Vormund erlaubt, die Pflegbefohlene zu heyrathen, wenn er Rechnung abgelegt hat, ohne, daß sie das im Römischen Recht bestimmte Alter hat. Nur müssen die Mitvormünder, oder die Obrigkeit einwilligen. Gesetzt auch, daß die Heyrath vor abgelegter Rechnung, oder ohne Einwilligung der Mitvormünder, oder der Obrigkeit geschlossen würde: so ist sie deswegen nicht null, es wäre denn, daß Landesgesetze dieses ausdrücklich verordneten. Auch fällt die Strafe der Ehrlosigkeit heutigestags weg (*1). 3) Soll kein Gouverneur einer Provinz, kein Praeses, Proconsul, Proprætor u. d. gl. sich mit einer Weibsperson aus der Provinz verheyrathen. Auch seinen Sohn, Enkel oder andere nahe Verwandte soll er nicht mit einer Provinzialin verheyrathen. Die Gesetzgeber glauben, daß die große Gewalt des Gouverneurs keine freye Einwilligung auf Seiten der Weibspersonen und ihrer Eltern statt finden lasse (*2). Heutigestages fällt dieses Verbot ganz weg. 4) Nach dem canonischen Recht dürfen die Geistliche (Clerici) und andere Personen, welche das Gelübde der Keuschheit abgelegt haben, nicht heyrathen. Dergleichen sind a) die Mönche und Nonnen; denn sie müssen drey vota oder Gelübde, nemlich der Keuschheit, Armuth und Gehorsams ablegen; b) die Ritter des Deutschen Ordens und die

Malthe-

Maltheser Ritter; denn auch diese leisten das Gelübde der Keuschheit. Bey den Protestanten ist die Ehe den Geistlichen erlaubt, so wie sie auch in der ersten christlichen Kirche erlaubt war. Mönche und Nonnen haben wir nicht; allein die protestantische Ritter des Deutschen Ordens dürfen sich nicht verehlichen (* 3).

(1) *Westenberg* in D. Marco, Diss. 45. *Mascov.* opusc. pag. 59. sqq. *Stryk* us. mod. tit. de rit. nupt. §. 10. *Pufendorf* Tom. 2. obs. 94. *G. L. Boehmer* diss. de querel. inoff. donat. §. 8. in Elect. iur. civ. Vol. 1. p. 286. sqq.

(2) Ratio potentatus nuptias prohibet, sagt Papinian in der L. 63. de rit. nupt. vielleicht fürchteten auch die Kayser, der Gouverneur möchte durch eine solche Heyrath mit einer ansehnlichen Familie in eine dem Kayser gefährliche Verbindung kommen. *Zach. Huber* dissert. lib. 3. diss. 4.

(3) Ausser denen in der Brandenburgischen Balley. Schott's Eherecht, S. 194.

§. 127. Wirkungen der Ehe in Ansehung beyder Ehegatten überhaupt.

Wenn eine Ehe den Gesetzen zuwider ist: so ist sie nach dem Römischen Recht ganz ungiltig. Nec vir, nec uxor, nec nuptiae, nec matrimonium, nec dos intelligitur, sagt Justinian §. 12. h. t. der Mann hat die Rechte eines Ehemannes, die Frau die Rechte einer Ehefrau nicht, die Verbindung gilt nicht einmal als ein matrimonium, (§. 112) das Eingebrachte der Frau hat die Rechte des dotis (§. 130) nicht, die Kinder sind als unehliche anzusehen. Auch sind noch verschiedene Strafen auf die unerlaubte Ehen gesetzt (* 1). Allein nach dem canonischen und protestantischen Kirchenrecht ist dieß anders. Diese Rechte machen einen Unterschied zwischen impedimentis matrimonii *dirimentibus* und *impedientibus*. Dirimentia sind Gründe, um welcher willen die Ehe nicht allein unerlaubt, sondern auch ungiltig, impedientia, um deren willen sie unerlaubt, wenn sie aber geschlossen wird, doch nicht ungiltig ist. Die dirimentia sind entweder *privata* oder *publica*. Wenn ein Ehegatte oder ein Dritter seines Vortheils wegen auf die Ungiltigkeit der Ehe klagen kann: so ist ein impedimentum privatum; wenn hingegen die Ehe des öffentlichen Bestens wegen ungiltig ist: so ist ein impedimentum publicum vorhanden. Privathinderniße sind, wenn die Ehe erzwungen, durch Betrug oder Irrthum veranlaßt worden ist; (§. 110) wenn ein Ehegatte zum Beyschlaf schlechterdings unfähig ist; wenn die Einwilligung des Vaters fehlt, und dieser nach Specialgesetzen sie als nichtig anzufechten befugt ist. Oeffentliche Hinderniße sind im Wege bey dem Ehebrecher und der Ehebrecherin, (§. 125.) dem Entführer und der Entführten, (ebendas.) bey der Ehe mit Unglaubigen, (§. 126.) bey der Ehe derer, die das Gelübde der Keuschheit abgelegt haben, (ebendas.) und bey der Bigamie. (§. 111.) Ehen zwischen Verwandten werden heutigestags nicht leicht für ungiltig erklärt werden, die Personen müßten denn in gerader Linie ver-

verwandt oder Geschwister seyn (* 2). Alle übrige Hindernisse ausser den genannten sind nur impedimenta impedientia (* 3).

Ist hingegen die Ehe den Gesetzen gemäß: so hat sie rechtliche Wirkungen. Diese betreffen entweder die Ehegatten, oder die Kinder. Jene gehen entweder beyde Ehegatten, oder nur den Mann, oder nur die Frau an. Wirkungen, welche beyde Ehegatten angehen, sind das Recht der Ehegatten, den Beyschlaf von einander zu verlangen, (ius in corpus;) die Verbindlichkeit zur ehelichen Treue, oder die Verbindlichkeit, den Beyschlaf mit allen andern Personen zu meiden; und die Verbindlichkeit zu einer gemeinschaftlichen Wohnung und Haushaltung. In verschiedenen Provinzen Deutschlandes (* 4) hat in der Ehe eine allgemeine Gütergemeinschaft statt. Wo aber dieselbe auch nicht durch die Gesetze eingeführt ist, da können die Ehegatten dieselbe durch die Ehepacten festsetzen.

(1) *Vinn.* ad §. 12. h. t. n. 4.
(2) *G. L. Boehmer* princip. iur. can. lib. 3. sect. 2. tit. 5. §. 380. sqq.
(3) Einige impedimenta impedientia, die in den vorhergehenden nicht vorkommen, s. bey *Boehmer* l. c. §. 383.
(4) *Selchov* ius germ. §. 469.

§. 128. Rechte des Ehemanns und der Ehefrau insonderheit; Wirkungen der Ehe in Ansehung der Kinder.

Die Rechte des Ehemannes sind 1) eine Oberherrschaft über die Frau, oder das Recht, ihre Handlungen zu lenken, in so weit es das Beste der ehelichen Gesellschaft erfordert. Daraus fließt die Schuldigkeit der Frau, dem Mann Ehrerbietung und Gehorsam zu leisten; dem Mann zu folgen, wenn er seine Wohnung ändert; und das Recht des Mannes, durch die Arbeiten und Bemühungen der Frau zu erwerben. Wenn die Frau im Hauswesen Dienste leistet, kochet, waschet; nähet ꝛc. kurz, wenn sie operas *domesticas*, *oeconomicas* leistet, wie sie die Juristen nennen: so gehört der Nutzen ohne Zweifel dem Mann. Eben dieses ist Rechtens, wenn der Mann ein Handwerk, eine Kunst, ein Gewerbe treibt, und die Frau ihm dabey Hülfe, oder, wie die Juristen sagen, operas *communes s. medias* leistet. Wenn aber die Frau selbst ein Gewerbe, Handthierung, Kunst, z. E. Hebammenkunst treibt, und dadurch etwas erwirbt: (si operis *artificialibus* adquirit,) so gehört es nach der richtigern Meynung und der Regel nach ihr, und nicht dem Mann. (* 1). In vielen Deutschen Provinzen ist alles, was in der Ehe erworben wird, gemeinschaftlich. 2) Die väterliche Gewalt über die Kinder, welche im vorigen Titel beschrieben worden ist.

Die Rechte der Ehefrau sind: 1) daß sie an dem Gerichtsstand und der Würde des Mannes Theil nimmt. Nemlich sie steht unter derselben Gerichtsbarkeit, welcher der Mann unterworfen ist. Wenn z. E. eine Weibs-

person von bürgerlichem Stande einen Mann heyrathet, welcher der akademischen Gerichtsbarkeit unterworfen ist: so kommt sie auch unter diese Jurisdiction. Auch die Würde, der bürgerliche Character und Rang des Mannes wird der Ehefrau mitgetheilt. 2) Hat sie ein Recht auf die Alimente, Essen, Trinken, Kleidung und Arzneymittel, und auf die Vertheidigung. Der Mann nemlich ist seiner Frauen Person, Ehre und Vermögen, in und ausser den Gerichten zu vertheidigen befugt und schuldig. Bekommt sie also einen Inquisitionsproceß: so muß er die Defensionskosten hergeben (*2). Wird sie injuriirt: so ist er, auf ihr Verlangen, schuldig, eine Injurienklage anzustellen. Wird ihr Vermögen in Anspruch genommen: so muß er den Proceß für sie führen (*3).

In Ansehung der Kinder folgt aus der Ehe 1) das **Recht der ehelichen Geburt**; eheliche Kinder haben Rechte, welche den unehelichen nicht zustehen. Uneheliche Kinder haben nicht die Erbrechte der ehelichen Kinder; werden auch heutzutage nicht in Zünfte oder Gilden aufgenommen. 2) **Die Wirkung der Legitimation.** Wenn nemlich jemand Kinder ausser der Ehe gezeugt hat, und deren Mutter heyrathet: so werden die uneheliche Kinder legitimiret, das heißt, ehelich gebohrnen gleich geachtet. (§. 139.)

Anmerkung. Nach dem alten Römischen Recht wurde die Ehe entweder dergestalt eingegangen, daß die Frau in manum mariti, das heißt, in die Gewalt des Mannes kam, oder nicht. Im ersten Falle hieß sie *mater familias*; bekam des Mannes Namen, und der Mann hatte beynahe dieselbe Rechte über sie, welche ein Vater über seine Kinder hatte; alles, was die Frau im Vermögen hatte, gehörte dem Mann eigenthümlich, und er adquirirte alles, was sie erwarb. Sie wurde mit dem Mann als Eine Person angesehen, konnte kein Testament machen, hatte das ius sui heredis, (§. 538. u. f. f.) mußte zum Erben eingesetzt oder exheredirt werden u. s. w. Im letzten Fall aber hieß die Frau *matrona*; bekam des Mannes Namen nicht; der Mann erhielt nichts, als die Brautgabe, das übrige Vermögen blieb der Frau eigen, und hieß bona paraphernalia; die Frau erbte den Mann nicht, und der Mann nicht die Frau, bis endlich der Prätor den Ehegatten einiges Erbrecht gab, u. s. w. Ayrer am a. O. hat dieses alles weitläuftig und gut ausgeführt. Zu den Zeiten des Tiberius scheint schon die conventio in manum ungewöhnlich geworden zu seyn. Gellius redet davon, als von einer alten abgekommenen Gewohnheit. In den Pandecten kommt nichts mehr davon vor (*4).

(1) *Stryk* us. mod. tit. de rit. nupt. §. 78. seqq. Struben rechtl. Bed. 4. Theil. 25. Bedenken.
(2) *Wernher* Tom. 1. part. 4. obs. 179. pag. 927.
(3) Allein muß er dieß auf eigene Kosten thun? Dieß ist in den Gesetzen nicht entschieden.

schieden, und daher sehr streitig. S. *Boehmer* introd. in ius Dig. tit. de impens. in rem dot. §. 2. *Ludovici* doctrin. Pand. ibid. §. 4. *Leyser* sp. 87. med. 3. spec. 322. med. 5. *Wernher* ad *Boehmer* l. c.

(4) *Toullieu* de iure nuptiar. P. 1. c. 5. apud Fellenberg p. 238. Vol. II.

§. 129. Trennung vor der Ehe.

Die Ehe wird auf Lebenslang geschlossen. (§. 110.) Sie kann nicht auf gewisse Zeit eingegangen werden. Indessen kann doch zuweilen eine Ehe bey Lebzeiten der Ehegatten wieder getrennt werden. Demnach hört die Ehe auf 1) durch den Todt, sowohl den natürlichen, als den bürgerlichen. Bürgerlicher Todt heißt im Römischen Recht, wenn jemand seine Freyheit oder sein Bürgerrecht verliert. (§. 188.) Sobald dieß geschah, mußte nothwendig das connubium, die nuptiae aufhören. (§. 112.) Wenn sich heutzutage der Fall zutrüge, daß ein Ehegatte in die Sklaverey fiele, oder des Landes verwiesen würde: so könnte der andere Ehegatte nach bewandten Umständen auf die Ehescheidung klagen. Aber von selbst (ipso iure) würde die Ehe nicht aufgehoben seyn. Die Ehe wird 2) durch die Ehescheidung (divortium) getrennt. Man versteht darunter die völlige Aufhebung einer an sich gültigen Ehe, die bey Lebzeiten beyder Ehegatten geschieht. Also ist sie a) eine Aufhebung der Ehe. Eine Aufhebung des Eheverlöbnisses heißt repudium. Sie ist b) eine völlige Aufhebung der Ehe. Wenn man das Eheband nicht trennet, aber den Ehegatten, die in Uneinigkeit und Streit leben, erlaubt, getrennt zu wohnen, um mit Hülfe der Zeit eine Versöhnung zu bewirken: so heißt man dieses die Scheidung von Tisch und Bette. (*separatio quoad thorum et mensam*) c) Man hebt ferner eine gültige Ehe auf. Denn ist die Ehe an sich nichtig: (§. 127.) so braucht sie nicht durch eine Ehescheidung getrennt zu werden. Nach dem alten Römischen Recht konnte sich ein Ehegatte vom andern nach Belieben trennen. In den neuen Gesetzen L. 8. §. 2. L. 10. L. 11. §. 2. C. de repud. (IV. 17.) Nov. 22. cap. 5. 6. 7. 8. 14. 15. Nov. 117. cap. 8. wurden gewisse Ursachen festgesetzt. Wenn beyde Ehegatten mit der Scheidung zufrieden sind: so ist weiter keine rechtliche Ursache erforderlich. Nov. 140. cap. 1. Das canonische Recht verstattet gar keine Ehescheidung, weil es die Ehe für ein Sacrament hält, sondern erlaubt nur eine Trennung von Tisch und Bette. Die Protestanten endlich scheiden die Ehe, aber nur aus wenigen sehr wichtigen Ursachen. Welche Ursachen dazu hinreichend seyen, ist sehr controvers. Daß die beyderseitige Einwilligung der Ehegatten keine hinlängliche Ursache sey, hingegen Ehebruch, Lebensnachstellungen und boshafte Verlassung zur Ehescheidung hinreichen, ist ausgemacht. Allein ob nicht jeder andre Umstand, welcher macht, daß der Zweck der Ehe nicht mehr erreicht werden kann, oder so gethan ist, daß man einem

Ehegatten billiger Weise nicht zumuthen kann, mit dem andern weiter zu leben, z. E. Verweigerung der ehelichen Pflicht, lebenslängliche Gefängniß- oder Zuchthausstrafe, Blödsinn ohne Hoffnung der Wiederherstellung, Begehung einer Sodomie, eine von der Frau vorsetzlich unternommene Abtreibung der Leibesfrucht ꝛc. ebenfalls eine gegründete Ursache zur Ehescheidung abgebe, darüber streiten die Kirchenrechtslehrer. Die meiste neigen sich indessen heutzutage mit Grund zu der bejahenden Meinung (*1). Endlich e) muß die Aufhebung der Ehe nach dem protestantischen Kirchenrecht durch die Obrigkeit geschehen, welches aber nach dem Römischen Recht nicht nöthig war.

(1) *Pufendorf* Tom. I. obs. 160. *G. L. Boehmer* princ. iur. can. §. 408. Schott im Eherecht, S. 125. u. f. f.

DE DOTE ET PACTIS DOTALIBUS.

§. 130. Was ist die Brautgabe?

Gewöhnlich wird bey Schließung der Ehe ein Brautschatz gegeben, und nach Römischen Sitten auch eine *donatio propter nuptias* errichtet. Von der letzten handelt unser Autor im 8. Titel des zweyten Buches, §. 416. Von dem Brautschatz aber ist hier zu reden.

Brautschatz, Brautgabe, Mitgift, dos, ist alles das, was eine Ehefrau ihrem Ehemann mitbringt, oder was jemand anders im Namen der Ehefrau dem Ehemann giebt, um die Lasten der Ehe davon zu bestreiten. Der Brautschatz ist also von den Paraphernalgütern unterschieden. Man versteht unter diesen das Vermögen der Frau, was sie noch ausser dem Brautschatze besitzt. Die ältere lateinische Schriftsteller nennen diese Güter bona receptitia, die neuere aber pona paraphernalia (*1). Heutigestages unterscheidet man bona paraphernalia und receptitia, indem man paraphernalia das Vermögen nennt, was die Frau ausser dem Brautschatz hat, aber doch ihrem Mann in den Besitz und Nießbrauch giebt; receptitia aber, was sich die Frau zu eigner Disposition und Nutznießung vorbehalten hat. Uebrigens ist die Distinction zwischen den Dotal- und Paraphernalgütern sehr wichtig. Ich will nur den einzigen Nutzen anführen, daß die Dotalgüter in dem Concurs in die zweyte, die Paraphernalgüter aber in die dritte Classe gesetzt werden. Wenn nemlich ein Concurs über das Vermögen eines Schuldners entsteht: so werden seine Gläubiger in gewisse Classen gesetzt. Die erste Classe geht in der Bezahlung der zweyten vor, die zweyte der dritten ꝛc. Es ist also ein

großer

großer Vorzug der Dotalgelder, daß sie in die zweyte Classe gesetzt werden, und die Ehefrau erhält dadurch oft ihre Brautgabe wieder, wenn andere Glaubiger leer ausgehen.

(1) *Huber* praelect. ad Pand. tit. de iur. dot. §. 15.
(2) *Kraut* diss. sub praesid. *Meisler*. de bonis uxoris etc. §. 13.

§. 131. Eintheilungen derselben.

Die Brautgabe ist von verschiedener Art. Sie wird 1) in dotem *adventitiam* und *profectitiam* eingetheilt. Wenn der Vater (*1) aus seinem Vermögen seiner Tochter, oder ein anderer, aber blos um des Vaters willen, um diesem einen Gefallen zu thun, einen Brautschatz giebt: so heißt er dos profectitia. Giebt hingegen die Ehefrau selbst aus ihrem Vermögen die Brautgabe, oder ein anderer, der nicht Vater ist, giebt sie, und zwar nicht in Rücksicht auf den Vater: so heißt sie dos adventitia. 2) Ist dos entweder *necessaria* oder *voluntaria*. Der Vater nemlich ist schuldig, seine Tochter, die in seiner Gewalt ist, nicht die emancipirte (*2), zu dotiren; andere Personen aber geben die Brautgabe aus freyem Willen. Wenn also der Vater einen Brautschatz mitgiebt: so heißt er dos necessaria; wenn ihn ein anderer giebt, dos voluntaria. 3) Entweder *aestimata* oder *non aestimata*. Wenn die bewegliche oder unbewegliche Sachen, woraus die Brautgabe besteht, in den Ehepacten angeschlagen werden, ihr Werth festgesetzt wird: so heißt es dos aestimata; ausserdem non aestimata. Diese Distinction hat practische Wirkungen, wie im §. 418. gezeigt werden soll.

Eine wichtige hieher gehörige Frage ist: ob die Distinction in dotem necessariam und voluntariam noch im neuern Römischen Recht, und also auch bey uns statt finde? ob nemlich auch nach diesem Recht der Vater verbunden ist, die Tochter zu dotiren, oder ob dieses von seinem freyen Willen abhänge, und folglich alle Brautgabe nach den neuen Gesetzen dos voluntaria sey? Viele Rechtsgelehrten (*3) behaupten dieses letzte. Ihr Grund ist, die Töchter hätten deswegen nach alten Römischen Gesetzen ausgestattet werden müssen, weil sie durch das Voconische Gesetz von der Erbfolge ausgeschlossen gewesen seyen; da nun dieses Gesetz in der Folgezeit seine Gültigkeit verlohren habe, und nach neuerm Römischen Recht die Töchter mit den Söhnen erbten: so falle die Zwangspflicht der Ausstattung weg. Allein diese Meynung ist ohne Grund, wie am besten und ausführlichsten Homberg (*4) bewiesen hat. Daher gehen auch andere Juristen (*5) davon ab. Das Voconische Gesetz war schon lange ausser Uebung, als die Römische Gesetze noch immer dem Vater die Verbindlichkeit zur Brautgabe auflegten.

(1) Ich nenne bey dieser und der folgenden Distinction nur den Vater, verstehe

aber darunter auch den väterlichen Großvater und Urgroßvater, kurz jeden, der die väterliche Gewalt hat.

(2) *Vinn.* quaeſt. ſel. lib. 2. cap. 14. *Huber* praelect. ad Pand. tit. de iur. dot. num. 5. *Hombergk* diſſ. de obligatione patris ad conſtituendam dotem non promiſſam. §. 28.

(3) *Beyer* ad Pand. tit. de iure dot. §. 7. *Thomaſius* in not. ad Pand. tit. de iure dot. p. 237. *Ziegler* diſſ. de iure dotium. §. 8. 9. 10. in diſſ. ſelect. p. 897. *Lynker* reſol. 567. p. 1025. *Wernher* P. 5. obſ. 127. p. 1049. *Leyſer* ſp. 303. med. 11. p. 195. *Hellfeld* iurispr. forenſ. §. 1231. Schmidt Lehrbuch von Klagen. p. 300.

(4) Diſſ. cit.

(5) *Perez* ad Cod. lib. 5. tit. 11. num. 6. ſeqq. *Gail* L. 2. obſ. 95. pag. 475. *Coll. Argentor.* lib. 23. tit. 3. §. 5. *Struv.* Ex. 30. theſ. 7. ibique *P. Müller.* *Brunnemann* ad leg. 13. D. de iure dot. *Voet.* ad Pand. eod. tit. n. 10. *Lauterbach* coll. theor. pract. ibid. §. 9. *Stryk* in uſu mod. ibid. §. 2. *Berger* Oec. iur. lib. 1. tit. 3. §. 10. not. 5. pag. 93. edit. noviſſ. *Hert* Dec. 420. n. 3. 4. p. 588. *Engau* P. 2. deciſ. 12. n. 2. p. 10.

§. 132. Rechte derſelben.

Die Brautgabe wird dem Mann zur Beſtreitung der Haushaltungskoſten gegeben. Der Mann genießt alſo 1) allen Nutzen davon; zuweilen wird er völliger Eigenthumsherr, zuweilen bekommt er nur ein eingeſchränktes Eigenthum. (Man ſ. den 418. §.) 2) Sobald die Ehe getrennt wird, hört die Urſache der Brautgabe auf, ſie muß alſo zurückgegeben werden. Wenn aber die Frage entſteht: an wen ſie zurückfalle? ſo muß man unterſcheiden, wie die ſiebende Tabelle zeigt.

§. 133. Was ſind Ehepacten?

Der Vertrag, worinn Verlobte oder Ehegatten die Rechte und Verbindlichkeiten feſtſetzen, die in ihrer Ehe ſtatt finden ſollen, heißt Ehepacten, *pacta dotalia*, *nuptialia*. Ihre Gegenſtände ſind die Brautgabe, die Paraphernalgüter, donatio propter nuptias, Verſorgung der Wittwen, Erziehung der Kinder; heutzutag auch ſehr oft das Erbrecht der Ehegatten. Dieſe Verträge ſind gültig, in ſo fern ſie 1) den Rechten des Ehemannes nicht allzu nachtheilig ſind; dergleichen wäre z. E. der Vertrag, daß die Ehefrau nicht unter der Oberherrſchaft des Ehemannes ſtehen ſolle; daß der Mann die auf die Dotalgüter verwendete nothwendige Ausgaben nicht zurückfordern; daß er die Nutzungen des Brautſchatzes nicht genießen ſolle u. ſ. w. Sie dürfen aber auch 2) nicht der Ehefrau zu ſchädlich ſeyn, wenn ſie gelten ſollen. Daher ſind ſie ungültig, wenn darinn feſtgeſetzt wäre, daß die Brautgabe den Erben des Mannes verbleiben, und der Wittwe nicht wieder zufallen ſolle; daß der Mann die unbeweglichen Dotalgüter veräuſſern dürfe;

dürfe; daß er keinen Schaden ersetzen solle, den er durch Nachläßigkeit den Dotalgütern zufügt; daß die Brautgabe nach des Mannes Tod später, als die Gesetze es vorschreiben, zurückgegeben werden solle; (die Gesetze nemlich wollen, daß unbewegliche Stücke sogleich nach Trennung der Ehe, bewegliche nach Verlauf Eines Jahres zurückgegeben werden sollen), u. s. w. (*1).

(1) *Voet.* ad Pand. lib. 23. tit. 4. §. 17. *Claproth* iurispr. hevremat. part. I. p. 316.

§. 134. Klagen, welche wegen des Brautschatzes angestellt werden.

Die Klagen, welche wegen der Brautgabe angestellt werden, sind mancherley. 1) Wenn jemand einer Weibsperson einen Brautschatz zu geben verspricht: so kann er actione ex stipulatu belangt werden, das Versprechen zu erfüllen. Stipulatio ist ein feyerliches Versprechen, das vermittelst einer vorgeschriebenen Formel geschieht, (§. 805.) und die Klage, welche aus einem solchen Versprechen entsteht, heißt actio ex stipulatu. Merkwürdig ist, daß vermöge der L. un. §. 1. Cod. de rei uxor. act. (IV. 13.) die versprochene Brautgabe actione ex stipulatu gefordert werden kann, wenn sie gleich nicht durch eine wirkliche Stipulation, sondern mit simplen Worten versprochen worden ist; denn die Gesetze fingiren die Stipulation. 2) Kann auch wegen einer versprochenen Brautgabe *actio hypothecaria* angestellt werden. Denn, wenn ich einem verspreche, die Person, die er heyrathet, auszustatten: so bekommt er, und wenn ich der Weibsperson selbst eine Brautgabe verspreche: so bekommt sie ein Pfandrecht auf mein Vermögen. (§. 719.) 3) Wenn man die Brautgabe vom Vater fordert, ohne daß er sie versprochen hat: so muß man condictionem ex leg. ult. Cod. de dotis promissione anstellen. Nemlich, wenn der Vater keine Mitgift verspricht: so erklärt er entweder zugleich, daß er keine geben wolle, oder nicht. Im ersten Fall ist die Sache klar. Im letzten aber entsteht entweder 1) Streit, ehe die Tochter sich verheyrathet: oder 2) nachdem sie geheyrathet hat, und bey ihren Lebzeiten, oder 3) nachdem sie in der Ehe verstorben ist, und Kinder hinterlassen hat. In allen drey Fällen kann nach der richtigern Meynung der Vater auf eine seinem Vermögen proportionirte Mitgift belangt werden, wie Hombergk (*1) gründlich gezeigt hat. 4) Will die Ehefrau oder ihre Erben die Brautgabe nach getrennter Ehe wieder zurück haben: so finden drey Klagen statt, a) *rei vindicatio*; denn die Frau ist nun wieder völlige Eigenthümerin der Brautgabe, und die Klage, welche aus dem Eigenthumsrecht entsteht, heißt rei vindicatio. (§. 344.) b) *Actio ex stipulatu*, die Zurückgabe der Brautgabe mag wirklich durch eine Stipulation ausbedungen seyn, oder nicht, (stipulatio fingitur interveniss. (§. 1131.) c) *Actio hypothecaria*, weil der Frau wegen ihres Eingebrach-

ten

ten ein stillschweigendes Pfandrecht auf das Vermögen ihres Mannes zukommt. (§. 719.)

(1) Diss. cit. de obligatione patris ad constituendam dotem non promissam.

DE LEGITIMATIONE.

§. 135. Geschichte der Legitimation.

Die väterliche Gewalt wird durch die Ehe, Legitimation und Adoption erworben. Nach abgehandelter Lehre vom Ehestande folgt daher die von der Legitimation. Im alten Römischen Recht war sie ganz unbekannt, erst unter Kayser Constantin und seinen Nachfolgern kam sie auf (*1). Wenn ich in frühern Zeiten mein uneheliches Kind in meine väterliche Gewalt bringen wollte: so mußte ich es entweder arrogiren, d. i. an Kindes statt annehmen; oder bey dem Kayser besonders einkommen und bitten, daß er durch den Weg der Dispensation, durch ein Rescript das Kind meiner väterlichen Gewalt unterwerfe. Man hatte also keinen ordentlichen Weg, uneheliche Kinder zu legitimiren.

(1) *Heinecc.* ad L. Iul. et Pap. Popp. lib. 2. cap. 4.

§. 136. Was ist die Legitimation?

Die Legitimation ist eine Handlung, wodurch uneheliche Kinder die Rechte der ehelichen erhalten, und in die väterliche Gewalt kommen. Uneheliche Kinder haben die Rechte der ehelichen nicht, sind auch nicht in des Vaters und überhaupt in keines Menschen väterlicher Gewalt. Wenn aber eine Handlung vorgeht, vermöge deren diese Kinder als eheliche angesehen werden, die Rechte der ehelichen erhalten, und in die väterliche Gewalt kommen: so sagt man, daß sie legitimirt seyen (*1).

Anmerkung. In jeder Legitimation geschieht also eine rechtliche Erdichtung, *fictio iuris*, μηχάνημα, wie es in der Nov. 89. cap. 4. heißt (*2). Die Gesetze fingiren, nehmen an, daß die Kinder ehelich seyen, die doch ausser der Ehe gebohren sind (*3). Diese Fiction kann man die einfache (simplicem) nennen, und sie geschieht bey jeder Legitimation. Von dieser ist die fictio retrotractiva wohl zu unterscheiden. Diese hat nur bey der Legitimation statt, welche durch die Ehe geschieht. Wenn ich nemlich uneheliche Kinder gezeugt habe, und ihre Mutter heyrathe: so werden die Kinder durch die Ehe legitimiret. (§. 139.) Bey dieser Legitimation fingirte man, daß zur Zeit der Conception und Geburt der Kinder schon eine rechtmäßige Ehe unter den Eltern statt gefunden habe; man schob die Ehe zurück, bis auf die Zeit

der

der Conception, daher der Name fictio *retrotractiva*. Aus dieser Fiction folgte, daß Kinder, die ich mit einer Sklavin gezeugt hatte, nicht durch die Ehe legitimirt werden konnten, wenn ich gleich diese Sklavin freyließ und heyrathete; denn zur Zeit der Conception war keine Ehe mit ihr möglich gewesen, (§. 112.) und wenn die Gesetzgeber etwas nicht geschehenes als geschehen annehmen wollen: so setzen sie doch immer voraus, daß es möglich sey. Justinian hat aber in der angeführten Novelle die Legitimation der Kinder, die ich mit einer Sklavin gezeugt habe, wenn ich nachher die Sklavin frey lasse und heyrathe, zugelassen, und folglich die fictionem retrotractivam ihrer Wirkungen beraubt. Auf diese Weise ist der Streit über die Fiction bey der Legitimation, der aus Mangel deutlicher Ideen und gehöriger Unterscheidung der Zeiten entstand, zu entscheiden.

(1) Mit der Legitimation ist die *restitutio natalium* nicht zu verwirren. Diese war eine Wohlthat des Kayserś, wodurch einem Freygelassenen alle Rechte der Freygebohrnen ertheilt wurden. Tit. Pand. de natalibus restituendis. Indessen wird doch die Legitimation von Neueren auch zuweilen natalium restitutio genennt.

(2) Fictio iuris nemlich ist die Aufstellung eines Satzes, welcher zwar wahr seyn könnte, aber nicht wahr ist, in der Absicht das strenge Recht zu mildern. Die ausführlichste Schrift davon ist: *Alteserra* de fictionibus iuris Paris. 1659. 4. Hal. 1769. 4. der es aber in vielen Materien an Gründlichkeit sehr fehlt. S. auch *Luzac* observat. apologet. pro IC. rom. cap. 4.

(3) Ich will von vielen, die über, für oder wider diese Fiction geschrieben haben, nur den neuesten anführen. Dieser ist Prehn in s. Abh. Untersuchung der Frage: ob die Legitimation ausser der Ehe gebohrner Kinder sich in einer Römischen Erdichtung gründe? Rostock 1777. 4.

§. 137. Drey Fragen bey der Legitimation.

Bey der Legitimation sind drey Fragen zu beantworten: 1) bey welchen unehelichen Kindern hat sie statt? 2) Auf wie vielerley Art geschieht sie? 3) Was ist ihre Wirkung? Um die erste dieser Fragen zu entscheiden, muß man die verschiedene Arten der unehelichen Kinder kennen lernen. Sie sind entweder 1) aus einer Blutschande gebohren, oder 2) aus einem Ehebruch, oder 3) von einer Hure (meretrix, mulier quaestuaria), oder 4) von einer Geschwächten (stuprata), oder 5) im Concubinate. Meretrix, Hure nemlich ist eine Person, die sich jedem preißgiebt; eine Geschwächte, stuprata, hingegen, welche sonst ehrbar gelebt hat, aber, wie man sagt, zu Falle gekommen ist. Die unehelichen Kinder der ersten Art heissen *incestuosi*, der andern *adulterini*, der dritten *vulgo quaesiti*, Hurenkinder, der vierten *spurii*, Jungfernkinder, der fünften *naturales*. Indessen ist das Wort spurii vieldeutig. Zuweilen werden alle uneheliche Kinder, zuweilen diejenige darunter

verstanden, welche aus verbotenem Beyschlafe, also nicht aus der Ehe oder dem Concubinat erzeugt sind (*1).

Dieses vorausgesetzt, bemerke man, daß nach Römischem Recht nur die naturales oder im Concubinat erzeugte Kinder legitimirt werden konnten, also alle übrige uneheliche Kinder nicht. Der Grund davon liegt nicht in der fictione retrotractiva, wie einige sich irrig einbilden, sondern darin: die Legitimation wurde als eine Wohlthat für den Vater angesehen; indem er dadurch die nach Römischem Recht so wichtige väterliche Gewalt bekam. Wohlthaten aber ertheilt das Gesetz keinem, der gesetzwidrig handelt, und jeder uneheliche Beyschlaf ausser dem Concubinat war gegen die Gesetze. Daher wurde die Wohlthat der Legitimation nur denen zu Theil, welche aus der erlaubten Verbindung mit einer Concubine Kinder erhalten hatten, nicht denen, welche sie im verbotenen Beyschlafe zeugten (*2).

(1) *Püttmann* diss. de querela inoff. testam. fratribus atque sororibus contra spurios haud competente, in opusc. p. 217. sqq.

(2) *Iordens* cit. diss. 1. c. 4. §. 3. Die Fornication wurde zwar bey den Römern nicht gestraft, aber doch als eine schändliche Handlung angesehen. L. 13. §. 2. L. 22. C. ad L. Iul. de adult. (IX. 26.) L. 43. §. 4. 5. L. 24. D. de his, qui not. infam. L. 4. §. 3. D. de condict. ob turp. caus. Auch ist der Vater bey Hurenkindern fast immer ungewiß.

§. 138. Gattungen der Legitimation.

Die Arten der Legitimation sind dreyerley: 1) durch die nachfolgende Ehe, 2) durch die Bestimmung zum Decurio, durch ein landesherrliches Rescript. Die erste hat Constantin der Grosse, die zweyte Theodosius der jüngere, die dritte Justinian erfunden (*1). Andere Juristen führen noch mehrere an, nemlich per arrogationem, per testamentum a Principe confirmatum und per nominationem filii. Allein die erste ist von Justinian in der Leg 7. Cod. de nat lib. (V. 27.) abgeschafft worden. Die legitimatio per testamentum a Principe confirmatum, die in der Nov. 74. cap. 2. vorkommt, ist im Grunde eine legitimatio per rescriptum Principis; die legitimatio per nominationem filii ist ein Unding. Man will sie zwar in der Nov 117. cap. 2. gefunden haben, sie steht aber nicht darinn, sondern der Fall dieses Gesetzes ist folgender: Man zweifelte, ob ein gewisser Sohn ehelich oder unehelich sey: weil ihn aber der Vater im Testament Sohn genennt hatte: so sagt Justinian, ist zu vermuthen, daß er aus rechtmäßiger Ehe erzeugt, also legitim sey (*2).

(1) *Christ. Henr. Hiller* diss. qua legitimatio per rescript. Principis Iustiniano Imp. tamquam auctori atque inventori vindicatur. Tubing. 1723.

(2) *Iordens* diss. 1. cap. 5. §. 1. sqq.

§. 139. Von der Legitimation durch nachfolgende Ehe.

Die Legitimation durch die nachfolgende Ehe geschieht, wenn ich die Person, mit der ich im Concubinat gelebt, und Kinder gezeugt habe, heyrathe (*1). Man streitet darüber: ob zu dieser Legitimation schriftliche Ehepacten, instrumenta dotalia, erforderlich gewesen seyen? Zu dem Wesen der Ehe werden sie nicht erfordert, das ist gewiß; aber wenn ich meine Concubine heyrathe, und will, daß meine mit ihr erzeugte Kinder legitimiret werden sollen, sind alsdenn dergleichen schriftliche Ehepacten nöthig? Man hat vier verschiedene Meynungen über diese Frage, die Jordens (*2) erzählt. Die richtigste ist, daß allerdings Ehepacten von des Kayſers Anastasius Zeiten an erforderlich gewesen sind; denn der Concubinat war der Ehe so ähnlich, daß man ihn schwer davon unterscheiden konnte. Wollte also einer seine bisherige Concubine heyrathen: so mußte er dieß durch ein evidentes Zeichen an den Tag legen, und dazu schickten sich am besten die Ehepacten. Ob aber in diesen Ehepacten eine Brautgabe festgesetzt seyn, ob sie instrumenta *dotalia* im eigentlichen und strengen Verstande seyn mußten, ist mir zweifelhaft. Die bejahende Meynung hat Schulting (*3), Gebauer (*4) und Jordens am a. O., die verneinende Noodt (*5), Cocceji (*6) und andere. Heutzutag ist nichts bey dieser Legitimation erforderlich, als was zu der Ehe erfordert wird, das heißt, nach der Tridentinischen Kirchenversammlung die Erklärung des ehelichen Consenses vor dem ordentlichen Pfarrer und zwey Zeugen, nach dem protestantischen Kirchenrecht aber die priesterliche Trauung (*7).

(1) Eine der berühmtesten Klippen im Institutionentexte ist §. 13. de nupt. wo Justinian sagt: wenn jemand seine Concubine heyrathe: so kämen dadurch seine liberi naturales in die väterliche Gewalt. Quod et aliis liberis, fährt er fort, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio praebuit. Einem jeden muß dabey die Frage einfallen: was brauchte Justinian zu verordnen, daß die Kinder, die ich mit meiner vormaligen Concubine, jetzigen Ehefrau zeuge, in der väterlichen Gewalt seyn sollen; das versteht sich ja von selbst. Die verschiedene Erklärungen und Verbesserungen dieser Stelle führt *Gebauer* excurs. 4. ad Instit. an. Ich halte es mit *Püttmann* interpret. et obs. cap. 15. Justinian rühmt sich, sagt Herr P. mehrmal ohne Grund, etwas neues verordnet zu haben, und hat in der L. 10. et 11. C. de nupt. (V. 4) wirklich jene, an sich ganz überflüssige Verordnung gemacht.
(2) *Iordens* diss. 2. de legitimat. cap. 3.
(3) *Schulting* enarrat. Pand. tit. de his, qui sui vel alieni iuris §. 9.
(4) *Gebauer* excurs. 4. ad Inst. §. 3.
(5) *Noodt* comm. ad Pand. tit. de his, qui sui vel alieni iuris.
(6) *Cocceii* ius contr. eod. tit. Q. 16.
(7) *Mevius* P. 2. dec. 81. *Struv* Us. mod. lib. 1. tit. 6. §. 10.

§. 140. Durch Bestimmung zum Decurionate.

Mit der Legitimation durch Bestimmung zum Decurio (per curiae dationem) hat es folgende Beschaffenheit: Im Römischen Reich waren Städte, welchen ein Theil des Römischen Bürgerrechts (ius civitatis minus plenum) mitgetheilt war; sie hießen municipia (*1). In diesen Städten waren collegia, welche die Aufsicht über das Stadtwesen führten, und ungefehr das waren, was in Rom der Senat war, und heutigestages der Stadtrath ist. Sie hießen *curiae*, und ihre Mitglieder *decuriones* oder *curiales*. Diese hatten aber ein lästiges Amt. Denn sie hatten die Administration der Stadtkasse, die Aufsicht über die öffentliche Schauspiele, Wasserleitungen, Straßen, Bäder; mußten die Victualien herbeyschaffen, Gesandtschaften übernehmen, die Steuern eintreiben, und für die Rückstände haften, dem Kayser Neujahrsgeschenke geben; wenn sie starben, erbte der Rath einen Theil ihres Vermögens ꝛc. (*2). Man suchte daher die Bürger in den Municipien durch mancherley Privilegien zum Decurionate zu reizen. Dahin gehört denn auch die Legitimation. Wenn nemlich ein Bürger seinen natürlichen Sohn mit dessen Einwilligung zum Decurio bestimmte, und ihn daher in das Verzeichniß der Decurionen (album curialium) eintragen ließ (*3): so wurde der Sohn legitimirt. Der Vater also sollte durch die Erlangung der väterlichen Gewalt gereizt werden, den Sohn zum Decurionate zu bestimmen, und der Sohn sollte durch die Erwerbung der ehelichen Geburtsrechte bewogen werden, seine Einwilligung zu geben. Eben diese Wirkung hatte statt, wenn jemand seine natürliche Tochter an einen Decurio verheyrathete.

(1) In den neueren Zeiten, nachdem alle Römische Unterthanen das Bürgerrecht erhalten hatten, (§. 90.) hiessen alle Städte, ausser Rom, municipia. L. 1. §. 1. D. ad L. municipal.

(2) *Wunderlich* l. c. §. 6.

(3) Allein wurde der Sohn dadurch sogleich ein wirklicher Decurio? Darüber ist viel gestritten worden. Die bejahende Meynung vertheidigen *Fabrot.* in apolog. pro graecis interpret. thesaur. *Otton.* Tom. 3. p. 1145. *Reiz* Excurs. XV. ad Theoph. *Wunderlich* l. c. §. 20. sqq. Sie haben das Ansehen des Theophilus ad §. 13. I. h. t. für sich. Das Gegentheil aber behaupten *Merill.* lib. 8. obs. 26. *Heinecc.* ad *Vinn.* pag. 70. und andere.

§. 141. Durch ein landesherrliches Rescript.

Die dritte Art zu legitimiren geschieht durch ein landesherrliches Rescript. Wenn der Vater eines unehelichen Kindes diese Art der Legitimation gebrauchen will: so wird erfordert, daß es ihm unmöglich sey, die Concubine zu heyrathen, weil sie z. E. todt, oder schon an einen andern verheyrathet ist, oder ihn nicht heyrathen will. Denn ist es möglich, sie zu heyrathen; so muß

er

er das Kind auf diesem Wege legitimiren, und die Legitimation durch ein Rescript findet nicht statt. 2) Daß er keine eheliche Kinder habe. Denn sind dergleichen vorhanden: so legitimirt der Landesherr die uneheliche Kinder nicht, weil die Legitimation den ehelichen allzuschädlich seyn würde. 3) Daß er sich unmittelbar an den Landesherrn wende, und von ihm ein Rescript impetrire (ut sacrum Principis oraculum impetret).

§. 142. Wirkungen der Legitimation.

Die Wirkungen der Legitimation auf Seiten des Vaters sind: 1) daß er die väterliche Gewalt mit allen ihren Ausflüssen, und 2) entweder ein ganz neues oder doch ansehnlicheres Erbrecht erhält. Denn den natürlichen Kindern succediret der Vater nur in gewissen Fällen, und zwar nur auf den sechsten Theil des Vermögens. Auf Seiten der Kinder hat sie den Effect, daß sie die Familienrechte erhalten (ius agnationis et nobilitatis paternae). Daraus folgt denn 1) daß die Legitimation nicht ohne Einwilligung der Kinder geschehen könne. Jordens (*1) hat dieses von allen drey Gattungen der Legitimation gründlich erwiesen (*2). Denn die Kinder kommen in die väterliche Gewalt, hören auf sui iuris zu seyn, ihr Zustand also wird in mancher Absicht verschlimmert. 2) Daß die Kinder ein Erbrecht erhalten. Die natürliche Kinder haben dergleichen ebenfalls nur auf den sechsten Theil des väterlichen Vermögens, und nur unter gewissen Einschränkungen. (§. 690.) Es wird ihnen also durch die Legitimation das Erbrecht theils erweitert, theils ein neues gegeben.

(1) Diss. 2. cap. 1.
(2) Man s. auch *Noodt* ad tit. de his, qui sui vel alieni iur. und *Schulting* Enarrat. ad h. t. n. 7. *Cocceii* ius controv. ibid. qu. 9.

§. 143. Heutiger Gebrauch.

Vom heutigen Gebrauch der Legitimationslehre ist zu bemerken 1) daß die legitimatio per oblationem curiae bey uns gänzlich wegfalle. Denn wir haben die Einrichtung mit den Municipien und Decurionen nicht, die im alten Römischen Reich war (*1).

2) Wir haben eine Legitimation, welche dem Vater keine väterliche Gewalt, und den Kindern keine Familienrechte verschafft, sondern blos dazu dient, daß der Flecken der unehelichen Geburt ausgetilgt wird, und das Kind im Staat für legitim gilt. Die Deutschen haben von jeher die Grille gehabt, ein uneheliches Kind verdiene in der bürgerlichen Gesellschaft eine Art von Verachtung und Geringschätzung; dürfe nicht in Zünfte, Gilden und andere Collegien aufgenommen werden; trage einen Schandfleck an sich. (§. 62.) Die Römer wußten davon nichts; ein uneheliches Kind konnte der Regel nach

zu allen Gesellschaften, Aemtern und Würden gelangen, wohin ehelich gebohrne Kinder kommen konnten (* 2). Daher giebt es heutzutage eine doppelte Legitimation, a) eine solche, welche bey dem Vater die väterliche Gewalt, und bey den Kindern ein Erbrecht wirkt, (eine *plena*, wie sie einige nennen,) und b) eine, die blos den Schandfleck der illegitimen Geburt tilgt, und die Kinder fähig macht, in Gilden und andere Gesellschaften zu kommen (*minus plena*). Die Legitimation, welche durch die Ehe geschieht, ist allezeit plena, die aber, welche durch ein landesherrliches Rescript bewürkt wird, ist zuweilen plena, meistens aber nur minus plena. Eine solche unvollkommene Legitimation kann bey dem Landesherrn von dem unehelichen Kinde auch ohne Wissen und Willen des Vaters gesucht werden. Denn sie ist dem Vater auf keine Weise nachtheilig (* 3).

3) Bey uns können alle Arten von unehelichen Kindern legitimirt werden; auch die aus einem Stuprum, Fornication, Ehebruch, Incest gebohrne (* 4). Nur muß freylich, wenn die Legitimation durch die Ehe geschehen soll, eine Ehe möglich seyn. Wenn also Bruder und Schwester ein uneheliches Kind gezeugt haben: so ist die Legitimation per subsequens matrimonium unmöglich.

4) In Deutschland legitimiren nicht nur die Landesherrn in ihren Territorien, sondern auch die kayserliche Pfalzgrafen (comites palatini). Dieses sind Personen, durch welche der Kayser einige von seinen geringern Reservatrechten ausüben läßt. Bey ihnen wird die Legitimation noch öfter, als bey den Reichsständen gesucht, weil sie alsdann ihre Wirkung im ganzen Deutschen Reich äussert, welche Wirkung der Legitimation, die ein Reichsstand ertheilt, von vielen bezweifelt wird (* 5).

5) Man erfordert bey der Legitimation durch ein Rescript heutzutag nicht mehr, daß die Ehe unter den Eltern unmöglich sey. Wenn es gleich möglich ist, die Person zu heyrathen, mit der ich die uneheliche Kinder habe: so kann ich diese doch durch ein Rescript legitimiren lassen * 6).

6) Einige (* 7) behaupten mit Recht, daß heutzutag der Landesherr plene legitimiren könne, wenn gleich legitime Kinder vorhanden wären. Denn da ein Vater heutzutage alle Arten unehelicher Kinder im Testament zu Erben einsetzen kann: (§. 487.) so kann er den ehelichen Kindern ihr Erbtheil auch durch Legitimation der unehelichen schmälern (* 8). Doch versteht sich immer dabey, daß den ehelichen Kindern der Pflichttheil nicht vermindert werden darf. (§. 473.)

(1) *Stryk* us. mod. Pand. tit. de his, qui sui vel al. iur. §. 19.

(2) *Heinecc.* ad L. Iul. et Pap. Popp. lib. 2. cap. 4. *Thomas.* diss. de usu pract. doctr. I. de legitimat. cap. 1. §. 3. Im Oesterreichischen ist diese Makel der unehelichen Geburt im Jahr 1783. völlig aufgehoben worden. Polit. Journal, Sept. 1783. S. 919.

(3) *G. L. Boehmer* diss. de necessar. parent. consensu in nupt. lib. §. 68. Der

Vater

Vater ist auch die Legitimationskosten herzugeben nicht schuldig. *Wernher* Tom. 1. part. 3. obs. 49. p. 531.

(4) *I. H. Boehmer* diss. de legitimat. ex damnato coitu nator. §. 16. In Exercit. ad Pand. Tom. 1. p. 886. *Pufendorf* Tom. 1. obs. 163.

(5) Man s. aber *Gribner* diss. de iure legitimandi Principum imperii §. 12. in opusc. p. 15. seq.

(6) *Stryk* us. mod. Pand. lib. 1. tit. 6. §. 17.

(7) *Ayrer* in diss. de rescripto legitim. Principis plenissimum effectum tribuente, legitimi licet liberi existent. §. 5. seqq. der aber seinen Satz mit sehr schwachen Gründen unterstützt.

(8) Anderer Meynung ist *Pufend.* observ. iur. univ. T. 1. obs. 241. §. 6.

TIT. XI.

DE ADOPTIONIBUS.

§. 144. Was ist die Adoption?

Die Adoption ist das dritte Erwerbungsmittel der väterlichen Gewalt. Man versteht darunter, wenn man das Wort weitläuftig nimmt, eine gesetzliche Annahme an Kindes oder Enkels statt. Die Adoption also ist eine Annahme an Kindes oder Enkels statt, das ist, eine Erklärung, daß ich einen in meine väterliche Gewalt nehmen, und ihm die Rechte eines Kindes oder Enkels ertheilen will, welcher ohne diese Erklärung kein filius familias von mir wäre, die Kindes- oder Enkelrechte nicht hätte, ist aber ferner eine gesetzliche Annahme, das heißt, sie muß unter öffentlicher Autorität geschehen. Wenn ich einen Menschen nur *privatim* an Kindesstatt annehme: so hat diese Handlung die Rechte der Adoption nicht, und das angenommene Kind heißt nicht *adoptivus*, sondern *alumnus*. Oeffentliches Ansehen erhält die Adoption durch die Obrigkeit, und durch den Landesherrn. Man sehe den folgenden §.

Zwey Grundsätze sind bey der Adoption vorzüglich merkwürdig. Der erste: die Adoption ahmet die Natur nach, das heißt, wenn es der Natur nach schlechterdings unmöglich ist, daß jemand mein Kind oder Enkel sey; oder wenn es schlechterdings unmöglich ist, daß ich über ihn die väterliche Gewalt habe: so fällt die Adoption weg. Der andere: sie ist blos zum Behelf für die erfunden, die weder leibliche Kinder, noch Hoffnung dazu haben.

Noch muß ich anmerken, daß Kinder, die man erzeugt, nicht adoptirt hat, liberi *naturales* heissen. Man muß also die beyden Bedeutungen dieses Ausdruckes, indem zuweilen Kinder, die mit einer Concubine erzeugt sind, (§. 137.) zuweilen aber leibliche Kinder darunter verstanden werden, nicht verwirren.

§. 145.

§. 145. Gattungen derselben.

Die Adoption in weitläuftigem Verstande ist entweder Arrogation, oder Adoption in engerer Bedeutung. Diese beyde Gattungen sind dem Gegenstande, den Erfordernissen und den Wirkungen nach verschieden. 1) Dem Gegenstande nach, wenn ich nemlich einen filium familias an Kindes statt annehme, ihn aus seines leiblichen Vaters Gewalt in die meinige bringe: so heißt es Adoption in engerer Bedeutung. Nehme ich aber einen patrem familias, einen hominem sui iuris, z. E. ein Waisenkind zu meinem Kinde an: so ist es die Arrogation.

Sie sind 2) in Ansehung der Erfordernisse verschieden. a) Beyde haben höhere Bestätigung nöthig; aber die eigentliche Adoption kann von jeder Obrigkeit bestätiget werden; die Arrogation hingegen erfordert die unmittelbare Bestätigung des Landesherrn. Nach dem alten Römischen Recht, selbst noch unter den Kayfern (* 1) geschah die Arrogation vor dem Volk, erst in den neuern Zeiten wurde sie vom Kayser bestätiget. b Wenn ich einen filium familias adoptiren will: so ist nur der Consens seines Vaters nöthig, und daß der adoptandus selbst nicht widerspreche. Will ich hingegen einen hominem sui iuris arrogiren: so ist seine eigne Einwilligung, und im Fall er unmündig ist, ausserdem noch die Einwilligung der Verwandten und der Vormünder, auch eine gerichtliche Untersuchung nöthig, ob die Arrogation dem Unmündigen vortheilhaft sey. Der arrogator muß ferner Caution stellen, daß, wenn der Unmündige vor erlangter Mündigkeit sterben werde, die Verwandte das ganze Vermögen wiederbekommen sollen, und daß, wenn der arrogator den arrogatum ohne gerechte Ursache emancipiren wird, er nicht nur dessen Vermögen herausgeben, sondern auch noch den vierten Theil seines eignen abtreten wolle. Dieser vierte Theil heißt, weil K. Antoninus Pius die Verordnung gegeben hat, *quarta divi Pii.*

3) In den Wirkungen. Die Arrogation wirkt ohne Unterschied die väterliche Gewalt, die Adoption aber hat diesen Effect nach Justinianischem Recht nicht immer. (Man sehe §. 149.)

(1) *Nordkerk* obs. decas p. 139. *Water* lib. 3. obs. iur. rom. cap. 16. *Herm. Cannegieter* obs. iur. rom. lib. 2. cap. 19.

§. 146. Folgen aus dem Grundsatze: die Adoption ahmt der Natur nach.

Weil die Adoption der Natur nachahmt: so können 1) nur diejenige adoptiren, welche leibliche Kinder in ihrer Gewalt haben können. Ein Castrat kann also 2) nicht adoptiren, weil er zum Kinderzeugen unfähig ist. K. Leo hat zwar, (wie die Note sagt) den Castraten das Recht zu adoptiren in seiner

26. Novelle ertheilt; aber diese Novellen sind, wie wir oben gesehen haben, (§. 15.) in Deutschland nicht angenommen. Ob ein spado adoptiren könne? ist bestritten. Die angeführte Gesetze sagen ja. Aber das Wort spado ist vieldeutig. Bisweilen bedeutet es einen jeden, der keine Kinder zeugen kann, weil er entweder verschnitten ist, oder von Natur einen Mangel an den Zeugungsgliedern hat. Zuweilen versteht man einen Menschen unter dem spado, der zwar die Zeugungsglieder in der gehörigen Beschaffenheit besitzt, aber kränklicher Umstände wegen keine Hoffnung Kinder zu zeugen hat. Daher entsteht die Frage: welche Art der Spadonen in den Gesetzen gemeint sey? ob allein die Spadonen adoptiren können, die nur eine Zeitlang zum Zeugungsgeschäfte untüchtig sind, oder ob auch diejenige adoptiren dürfen, die von Natur ganz, und immer dazu unfähig sind? Richtiger ist die Meynung, daß nur die erstere, nicht die letztere Spadonen, Kinder annehmen können. Denn die Adoption soll eine Nachahmung der Natur seyn. Und warum sollten die Gesetze den Castraten die Adoption verbieten, sie aber den von Natur ganz Zeugungsunfähigen erlauben? (*1) 3) Auch Weibspersonen sind zur wahren Adoption unfähig, weil diese die väterliche Gewalt zum Endzweck hat; eine Weibsperson aber keine väterliche Gewalt haben kann. Wenn indessen eine Frau leibliche Kinder gehabt, und durch den Todt verlohren hat, also in andern Fällen nicht (*2): so kann sie bey dem Landesherrn die Erlaubniß zu einer uneigentlichen Art von Adoption erhalten; nemlich zu einer Adoption, die ein wechselsweises Erbrecht, aber keine väterliche Gewalt wirkt (*3). Ich kann keinen adoptiren, der älter als ich ist. Sondern wenn ich einen an Sohnes, oder eine an Tochter statt annehmen will: so muß ich 18 Jahre älter, und will ich an Enkelsstatt annehmen: so muß ich 36 Jahre älter seyn. Warum die Gesetze 18 Jahre (plenam pubertatem) erfordern, und nicht mit der minus plena, mit 14 Jahren zufrieden sind? läßt sich nicht mit Gewißheit sagen. Man führt gemeiniglich den Grund an: obgleich ein Mensch im 14ten Jahre Kinder zeugen könne: so habe er doch selten vor dem 18ten Jahre Kinder; es sey daher der Natur nicht völlig gemäß, wenn er einen adoptire, welcher nicht wenigstens 18 Jahre jünger sey (*4). 5) Man kann nicht auf eine Zeitlang adoptiren; denn man zeugt keine Kinder, daß sie nur auf gewisse Zeit es seyn sollen.

(1) *Harmenopul.* lib. 2. tit. 8.

(2) *Harmenopul.* lib. 2. tit. 9. Daß einer Mutter die landesherrliche Erlaubniß zu adoptiren ertheilt werden könne, ist ausgemacht; zweifelhaft hingegen, ob einer Frau, deren Mann noch lebt, erlaubt werden könne, für sich allein zu adoptiren. K. Leo hat nicht nur den Eheweibern, sondern sogar Jungfern diese Erlaubniß ertheilt.

(3) Einige z. E. *Franzk.* Ex. 2. Qu. 10. glauben, daß heutiges Tages eine Weibs-

 person

person auch ohne landesherrliche Erlaubniß adoptiren könne. Allein diese Meynung ist ohne Grund.

(4) *Donell.* commentar. iur. civ. lib. 2. cap. 22.

§. 147. Folgen aus dem Axiom: Die Adoption ist zum Behelf erfunden worden.

Die Adoption ist ein Nothhelf für solche, die zum Zeugungsgeschäft nicht aufgelegt sind. Also können 6) die nicht adoptiren, welche Alters halber noch Kinder zeugen können. Da nun die Römische Gesetze annehmen, daß ein Mann bis in das sechzigste Jahr zeugen könne: so kann man der Regel nach nicht adoptiren, wenn man noch nicht sechzig alt ist. Ich sage der Regel nach. Denn a) wenn mir Kränklichkeit die Hoffnung zu Leibeserben raubt: so kann mir die Obrigkeit auch vor dem sechzigsten Jahr, nach vorausgegangener Untersuchung der Umstände, die Adoption erlauben. b) Auch ist mir vor dem sechzigsten Jahr vergönnt, einen Verwandten zu adoptiren (*1). 7) Kann einer gewöhnlich nicht adoptiren, der schon leibliche Kinder hat. Will er es thun: so muß er der Obrigkeit einen hinreichenden Grund angeben können. Dergleichen ist z. E. wenn seine leibliche Kinder blödsinnig, oder zum Kinderzeugen untüchtig, oder Taugenichts sind (*2).

(1) L. 15. §. 2. D. h. t.
(2) *Reinoldi* var. cap. 42. in opusc. p. 230. sqq.

§. 148. Wirkungen der Adoption.

Wenn ich einen adoptire: so nehme ich ihn an Kindes statt an; er wird also durch die Adoption kein wahres und leibliches Kind von mir. Daraus folgt 1) daß die Verwandtschaft zwischen ihm und mir keine natürliche, sondern blos bürgerliche Verwandtschaft ist, und hieraus schließen nun die Römische Juristen weiter, 2) daß mein Adoptivkind von allen Personen, die meine Agnaten sind, auch Agnat werde; hingegen von denen, die bloße Cognaten von mir sind, wird es kein cognatus. Denn die Cognation ist die Blutsverwandtschaft, (§. 115) und diese kann durch die Adoption nicht gewirkt werden. Die Agnation hingegen ist eine bürgerliche Verbindung, welche also durch die Adoption entstehen kann. 3) Wenn ich einen Menschen adoptire: so wird er mit meiner Ehefrau gar nicht verwandt; sie ist als seine Stiefmutter anzusehen.

§. 149. Eintheilung der Adoption in die vollkommene und unvollkommene.

Nach dem alten Römischen Recht hatte jede Adoption, sowohl die Arrogation, als eigentliche Adoption die Wirkungen der väterlichen Gewalt. Justinian aber traf darin eine Aenderung. Bey der Arrogation ließ er das alte Recht in seiner Gültigkeit. In Ansehung der eigentlichen Adoption aber verordnete

ordnete er, daß der Adoptirende in Zukunft nur alsdann die väterliche Gewalt erhalten sollte, wenn er einen seiner Descendenten adoptire, z. E. ein Großvater seinen Enkel oder Enkelin; daß hingegen die Adoption keine väterliche Gewalt wirken solle, wenn ein anderer, der kein Descendent vom Adoptivvater ist, an Kindesstatt angenommen wird. Daher theilt sich die Adoption in die vollkommene und unvollkommene ein. Die vollkommene geschieht von einem Ascendenten, und wirkt die väterliche Gewalt; die unvollkommene geschieht von einem andern, und wirkt weiter nichts, als ein Erbrecht auf Seiten des Adoptirten, keine väterliche Gewalt (* 1), auch ein Erbrecht nur alsdann, wenn kein Testament vorhanden ist. Wenn ich z. E. meinen Neven adoptire: so kommt er nicht in meine väterliche Gewalt; er erbt mich aber, wenn ich ohne Testament sterbe. Mache ich ein Testament: so kann ich ihn gänzlich übergehen. Auch bekommt der Adoptivvater durch diese Adoption kein Erbrecht. Die Ursache, welche Justinian zu dieser Verordnung bewog, war folgende. Es trug sich zuweilen zu, das ein adoptirtes Kind vom Adoptivvater wieder emancipirt wurde. Wenn dieß geschah: so erbte das Kind nun weder den Adoptiv- noch den leiblichen Vater. Dieß zu verhüten, machte Justinian seine neue Verordnung. Denn vermöge dieses Gesetzes succediret ein unvollkommen Adoptirter seinem leiblichen Vater der Adoption ungeachtet. Wenn er also vom Adoptivvater wieder emancipirt wird: so verliert er zwar dessen Erbschaft; aber er erbt doch seinen leiblichen Vater: kommt also nicht um alles.

(1) *Matthaei* ad instit. (Traj. ad Rh. 1672. 4.) §. 2. h. t. und andere behaupten, zwar das Gegentheil, aber aus leicht zu widerlegenden Gründen. S. *Franzk.* l. c. Exerc. 2. Qu. 10.

§. 150. Heutiger Nutzen der Adoption.

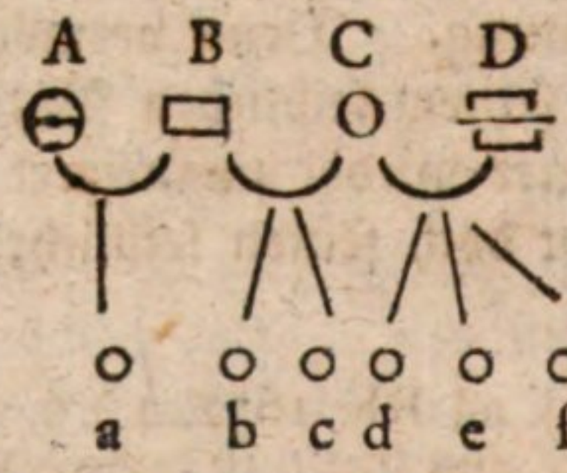
Heutzutage sind die Annehmungen an Kindesstatt, sowohl die Adoptionen, als Arrogationen sehr selten. Denn die väterliche Gewalt ist nicht so wichtig und vortheilhaft, als im alten Rom; und die eigentliche Adoption wirkt nicht einmal diese Gewalt, wenn man nicht einen Descendenten adoptirt. Was soll also einen zur Adoption bewegen? Indessen muß man nicht glauben, was einige behaupten, daß die Annehmung an Kindesstatt ganz abgekommen sey, und keine rechtliche Wirkungen mehr habe; folglich alle angenommene Kinder bloße Pflegkinder (alumni) seyen, welche die Rechte eines Kindes nicht haben. Das Römische Recht ist bey uns auch in diesem Stück angenommen, und man hat Beyspiele von Adoptionen nicht nur bey dem hohen Adel, sondern auch bey andern Personen (* 1). Der Adoptivsohn behält in Deutschland seinen Familiennamen, nimmt aber dabey den Namen seines Adoptivva-

ters an, zwischen beyde wird das Wort genannt gesetzt, z. E. Sinold genannt Schütz. Eben so wenig läßt es sich beweisen, daß heutiges Tages jede Obrigkeit die Arrogation confirmiren könne, und die Autorität des Landesherrn dabey nicht mehr nöthig sey; wie Stryk (*2) und Cocceji (*3) gegen Schilter am a. O. richtig bemerken. Indessen kann eine aussergerichtliche Adoption doch als ein Erbvertrag gelten (*4).

(1) *Müller* ad *Leyser* obs. tit. 96. ibique alleg.
(2) Us. mod. tit. de adopt. §. 6.
(3) Ius civ. controv. eod. tit. Qu. 2.
(4) Carrach Abhandlung über diese Frage, in Schott's juristischem Wochenblatt v. J. 1773. S. 462. u. ff.

§. 151. Von der Einkindschaft.

Eine Aehnlichkeit mit der Adoption hat die **Einkindschaft**, unio prolium (*1). Sie ist im Römischen Recht unbekannt, und eine bloße Deutsche Erfindung. Wenn Eltern sterben, und Kinder aus verschiedenen Ehen hinterlassen: so entsteht oft über die Separation des Vermögens Streit. Wenn z. E.



B stirbt: so muß ihr Vermögen von dem Vermögen des A, und C und der D separirt werden. Denn das Vermögen von A erbt allein a. Das Vermögen der B erben a b c. Dem C succediren b c d e f, und in die Verlassenschaft der D theilen sich d e f. Diese Separation hat gewöhnlich grosse Schwierigkeiten, und um diese zu heben, hat man die Einkindschaft erfunden. Wenn B und C zur Ehe schreiten wollen: so wird das nachgelassene Vermögen des A und der D zuforderst untersucht und bestimmt. Dieß bleibt deren Kindern, dem a d e und f. Alsdann machen B und C einen Vertrag, daß ihr Vermögen in eine Masse geworfen, und ihre Stiefkinder ihnen mit den leiblichen Kindern succediren sollen, a soll den C, und d e f die B erben. An einigen Orten wirkt diese Einkindschaft auch die väterliche Gewalt, an andern, und den meisten aber nicht. Insgemein führt man als ein Erforderniß der Einkindschaft an, daß sie gerichtlich, und mit Zuziehung der Verwandten eingegangen werden müsse. Aber das läßt sich nur alsdann behaupten, wenn Landesgesetze oder Observanz es vorschreiben (*2).

(1) Die

(1) Die älteste Statuten und Einkindschaftsverträge zeigen, daß man die Einkindschaft als eine Art von Adoption angesehen hat. Wilhelm Gottl. Tafinger über die Lehre von der Einkindschaft, Nürnb. 1785. 8.
(2) *Steenhof* diff. de praxi iudiciorum erronea. §. 20.

TIT. XII.

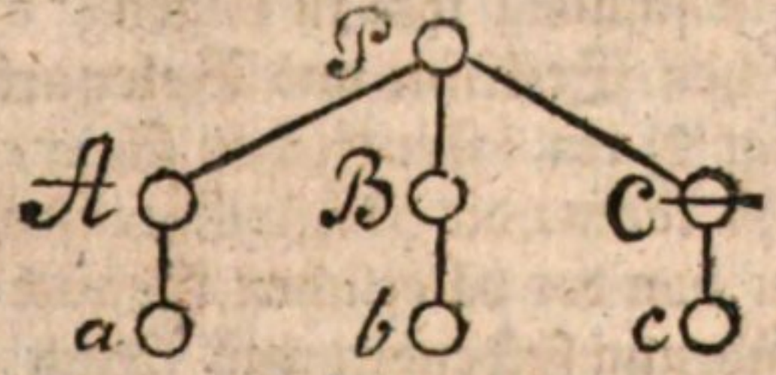
QUIBUS MODIS IUS PATRIAE POTESTATIS SOLVITUR.

§. 152. Uebergang zu diesem Titel.

Wir kennen die väterliche Gewalt und ihre Erwerbungsarten, die Ehe, die Legitimation und die Adoption. Jetzt untersuchen wir, wie diese Gewalt aufhöre. Denn das ist immer Justinians Methode, sowohl in den Institutionen, als in den Pandecten, daß zuerst vom Wesen der Sachen, alsdann von ihren Entstehungsarten, und endlich von ihrer Zernichtung gehandelt wird.

§. 153. Absterben, Capitis Deminution, Adoption und Emancipation zernichten die väterliche Gewalt.

Die väterliche Gewalt hört 1) durch den Todt dessen auf, dem sie zusteht. Doch werden darum nicht immer die Kinder sui iuris, sondern man bemerke: die Kinder sind entweder von dem ersten Grade, oder von den folgenden. Kinder des ersten Grades heißen Söhne und Töchter, Kinder der folgenden Grade sind Enkel, Urenkel u. s. w. Also.



A B C sind Kinder des ersten, a b c Kinder des zweyten Grads. Die Kinder des ersten Grads, A und B, werden durch den Todt dessen, welcher die väterliche Gewalt über sie hatte, durch den Todt des P. sui iuris. Man nehme aber an, daß P. nicht nur seine Söhne, sondern auch seine Enkel a b c noch in seiner väterlichen Gewalt hatte, und daß er nun sterbe. In diesem Fall werden a und b nicht sui iuris; denn sie fallen in ihrer Väter A und B Gewalt zurück, c aber wird sui iuris; denn sein Vater C war schon todt, oder aus der väterlichen Gewalt gegangen; er kann also in dessen Gewalt nicht zurücktretten. Deutlicher läßt sich übrigens diese Sache also ausdrücken: wenn der Vater stirbt: so werden die Kinder sui iuris. Stirbt aber der Großvater: so werden die Enkel nicht sui iuris, sondern fallen in ihres Vaters Gewalt zurück, wenn anders dieser noch lebt, und selbst noch in der väterlichen

Gewalt war (* 1). 2) Hört die väterliche Gewalt durch die größte und mittlere Capitis Deminution auf. Wenn nemlich der Vater Freyheit oder Bürgerrecht durch das Exilium verlohr: so verlohr er auch die väterliche Gewalt. Denn kein Sklav und kein Nichtbürger hatte die Römische väterliche Gewalt. Auch wenn dem Sohn Freyheit oder Bürgerrecht entzogen wurde: so hörte die väterliche Gewalt auf. Denn im ersten Fall kam er in die Gewalt eines Herrn, im andern mußte er das Römische Gebiet räumen, ins Exilium gehen, und die Ausübung der väterlichen Gewalt wurde unmöglich; der Sohn wurde auch als todt angesehen (* 2). Die väterliche Gewalt wird 3) auch durch die vollkommene Adoption geendigt. Ich sage durch die vollkommene. Denn wenn mein Sohn von einem andern nur unvollkommen adoptirt wird: so bleibt er in meiner Gewalt. Uebrigens wird der Sohn durch die Adoption nicht sui iuris, sondern geht nur aus einer väterlichen Gewalt in die andere. Endlich 4) wird die väterliche Gewalt auch durch die Emancipation zernichtet, von welcher der 156. u. f. §§. handeln.

(1) Neque peregrinus civem romanum, neque civis romanus peregrinum in potestate habere potest, sagt *Ulpian.* fragment. tit. 10. §. 3.
(2) S. *Vinn.* ad pr. I. h. t.

§. 154. Relegation, Würde, Enterbung endigen die väterliche Gewalt nicht.

Hingegen 1) durch die bloße Relegation hört die väterliche Gewalt nicht auf. Denn der relegirte Vater behält sein Bürgerrecht, er muß nur die Stadt räumen; der Sohn aber ist schuldig ihm zu folgen (* 1). Man sieht also, wie groß der Unterschied zwischen Exilium und Relegation im Römischen Recht ist. Eben so wenig endigt 2) ein öffentliches Amt, eine Würde die väterliche Gewalt. Der Sohn konnte die höchste Ehrenstellen bekleiden, Dictator, Consul seyn, ohne darum von der väterlichen Gewalt frey zu werden; ob sie gleich während der Amtsführuug suspendirt war. Auch 3) ist die Entfernung kein Mittel, die väterliche Gewalt zu endigen. Die Folgen dieses sterilscheinenden Satzes werden wir §. 506. kennen lernen.

(1) Ueber den Sinn des §. 2. I. h. t. relegati autem patres *in insulam* in potestate sua liberos retinent, s. *Püttmann* probabil. lib. 1. cap. 5.

§. 155. Einige Würden heben nach Justinianeischem Recht die väterliche Gewalt auf.

Ehrenstellen und Würden endigten nach altem Römischen Recht die väterliche Gewalt nicht. Justinian aber hat diesen Satz eingeschränkt. Nach seinen Verordnungen wurde ein Sohn durch folgende Würden von des Vaters Gewalt frey: a) durch die Patriciat-Würde. In dem alten Rom waren Patricii ungefehr das, was bey uns der Adel ist, und Plebs die bürgerlichen.

chen. (S. oben §. 36.) Constantin M. aber erfand eine ganz neue Ehrenstelle, und nennte sie patriciatum. Constantins Patricien waren eine Art von kayserlichen Räthen. Ihre Amtsgeschäfte beschreibt Octavianus Gentilius und Curtius (* 1) ausführlich. b) Durch die Bischofswürde, c) das Consulat, d) die prätorianische Präfectur. Praefectus praetorio war nach Augusts Einrichtung ein General der kayserlichen Garde. Diese Generale aber wurden nach und nach Cabinetsminister. Constantin bestellte vier Statthalter im Römischen Reich, die er praefectos praetorio nennte (* 2). e) Durch die Präfectur über die Stadt. Praefecti urbi hießen die Gouverneurs in Rom und in Constantinopel (* 3). Sie hatten den größten Theil der Gerichtsbarkeit in der Stadt und 100 Meilen im Umfange. f) Durch das magisterium militum, nach unserer Art zu reden, eine General-Feldmarschallstelle. Constantin M. hat ebenfalls diese Würde erfunden. g) Durch das Fiscalat, patrocinium fisci.

(1) *Octavianus Gentilius* de patricior. orig. varietate, praestantia et iuribus lib. 2. cap. 1. p. 143. *Curtius* de senatu romano, lib. 4. cap. 6. §. 93. pag. 165. sqq.
(2) *Drackenborch* diss. de officio praefectorum praetorio in *Oelrichs* thesauro diss. Belgicarum. vol. 2. tom. 2. pag. 49. sqq.
(3) *Drackenborch* diss. de praefectis urbi, in *Oelrichs* thesauro l. c. pag. 1. sqq.

§. 156. Von der Emancipation.

Hauptsächlich wurde die väterliche Gewalt bey den Römern durch die Emancipation, die auch zuweilen Manumission heißt, geendiget (* 1). Man versteht darunter eine ausdrückliche und gesetzliche Erklärung des Vaters, daß sein Kind von der väterlichen Gewalt frey seyn solle. Man bemerke also 1) jede Emancipation muß ausdrücklich geschehen. Die Juristen streiten zwar darüber: ob es im Römischen Recht eine stillschweigende Emancipation gebe? und verschiedene behaupten es (* 2), aber Böhmer (* 3) und Heimburg (* 4) haben das Gegentheil bewiesen (* 5). Die Gesetzstellen (* 6), worin man die stillschweigende Emancipation finden will, enthalten dergleichen nicht. 2) Die Emancipation muß auf die gesetzliche Weise geschehen; daher ist sie dreyerley: die alte, die Anastasianische und Justinianeische.

(1) *Gerlac. Scheltinga* diss. de emancipationibus, apud Fellenberg in iurispr. antiq. vol. 2. n. 18.
(2) *Eyben* ad Inst. h. t. obs. 14. *Barth* diss. de emancipat. saxonica, §. 4. in collect. diss p. 221. *Leyser* sp. 21. med. 2. *Walch* controv. iuris civilis p. 72.
(3) Am a. O. in exercit. ad Pand. tom. 1. pag. 944.
(4) Diss. difficillima emancipationis romanae et germanicae capita, §. 7. seqq.
(5) Man sehe auch *D'Arnaud* var. coniect. lib. I. cap. 24. p. 171. *Scheltinga* diss. de emancipat. proleg. §. 16. *Müller* ad *Leyser* tom. 1. obs. 100.
(6) L. 1. C. de patr. pot. (VIII. 47.) L. 25. pr. D. de adopt. In dem ersten heißt es: ein Vater, welcher verstattet habe, daß sein Sohn sich lange Zeit als

als ein pater familias aufgeführt, sey mit der Präjudicialklage de patria potestate gegen den Sohn nicht mehr zu hören. Natürlich, denn sie ist verjährt. In dem letzten ist offenbar von einer ausdrücklichen Emancipation die Rede.

§. 157. 158. Gattungen derselben.

Die alte geschah mit vielen Feyerlichkeiten. Der Vater verkaufte, in Gegenwart sieben Römischer Bürger, seinen Sohn als Sklaven an einen andern, welcher pater fiduciarius hieß. Dieser ließ ihn los, wie man einen Sklaven losließ, und der Sohn fiel also in des Vaters Gewalt zurück. Der Vater verkaufte ihn zum zweyten und drittenmal. Durch den dritten Verkauf verlohr er alle seine väterliche Gewalt (* 1). Nun kaufte der Vater den Sohn wieder als einen Sklaven, und manumittirte ihn. Die Anastasianische geschieht durch ein landesherrliches Rescript. K. Anastasius schafte die alte Emancipation nicht ab, er erlaubte nur, sie bey dem Kayser durch ein Rescript zu impetriren. Die Justinianeische geschieht vor der Obrigkeit. Justinian hob die alte Emancipation ganz auf, die Anastasianische ließ er zwar gelten, er erlaubte aber jeder Obrigkeit, die Emancipation auch zu bestätigen.

(1) Bey dem dritten Verkauf wurde das pactum fiduciae geschlossen. Dies war ein Versprechen des Käufers, (der daher pater fiduciarius hieß,) daß er den Sohn jetzt nicht freylassen, sondern dem Vater wieder verkaufen wollte. Hätte er den Sohn freygelassen: so wäre er dessen Patron gewesen, und hätte die Patronatrechte gehabt; dies wollte aber der Vater nicht, er wollte selbst den Sohn freylassen, und die Patronatrechte genießen. Ueber diese alte Emancipation findet man eine sehr gute Abh. wo man sie nicht sucht, in *Wernher* sel. obs. for. vol. 3. part. 1. obs. 13.

§. 159. Fälle, wo der Vater zur Strafe seine väterliche Gewalt verliert.

Die Emancipation erfordert die Einwilligung der Kinder; gegen ihren Willen kann man sie nicht emancipiren. Eine solche Emancipation, die gegen den Willen der Kinder geschieht, heißt *abdicatio liberorum*, Verstossung. Sie war in dem alten Rom nicht ungewöhnlich, wie Scheltinga zeigt (* 1). Allein das angeführte Gesetz verbietet sie. Wenn indessen der Vater die Kinder demungeachtet verstößt: so fragt sichs: 1) was hat diese Handlung für Folgen? Daß die Kinder dadurch keine Rechte verlieren, ist ausser Zweifel. Allein was verliert der Vater? Verliert er sein Erbrecht in dem Vermögen des verstorbenen Kindes? Dieses läßt sich in Ermangelung eines Gesetzes nicht behaupten. Ferner fragt sichs: 2) kann ein Vater die Kinder alsdann verstossen, wenn sie eine Handlung begehen, auf welcher die Enterbung steht? Dieß glaube ich mit Leyser (* 2) allerdings. Doch verlieren die Kinder dadurch nur die Kindesrechte bey Lebzeiten des Vaters, nicht das Erbrecht, wenn sie nicht zugleich förmlich enterbt werden (* 3). Eben so wenig, als die

die Kinder gegen ihren Willen emancipirt werden können, so wenig wird dem Vater seine Gewalt gegen seinen Willen genommen. Doch giebt es Fälle, a) wo er die väterliche Gewalt zur Strafe von selbst (*ipso iure*) verliert; auch Fälle, wo er b) gezwungen wird, die Kinder zu emancipiren. Die Fälle, worin die väterliche Gewalt von selbst aufhört, sind 1) wenn er die Töchter zwingen will, sich als Huren Preis zu geben; 2) wenn er die Kinder aussetzt; 3) wenn er zu einer zweyten Ehe schreitet, welche blutschänderisch ist.

(1) *Scheltinga* diss. cit. cap. 5. §. 3. sqq.
(2) *Leyser* sp. 17. cor. 3.
(3) *Müller* ad *Leyser* tom. 1. obs. 91.

§. 160. Fälle, wo der Vater zur Emancipation gezwungen wird.

In wie viel Fällen der Vater gezwungen werde, die Kinder zu emancipiren, ist controvers. Der Streit lauft am Ende größtentheils auf Logomachie hinaus. Heimburg am a. O. hat die Sache weitläuftig abgehandelt. Die richtigste Meynung ist, wie ich glaube, diese: daß der Vater in drey Fällen zur Emancipation genöthigt werde: 1) wenn er die Kinder grausam und barbarisch behandelt; 2) wenn ihm jemand etwas vermacht oder schenkt, mit dem Beding, daß er die Kinder emancipire, und er das Vermächtniß oder das Geschenk annimmt. 3) Wenn er einen unmündigen Menschen arrogirt hat, und diesem jetzt, da er mündig ist, die Arrogation mißfällt.

§. 161. Wirkungen von der Erlöschung der väterlichen Gewalt.

Wir wissen nun, auf welche Art die väterliche Gewalt erlösche; was sind aber die Wirkungen dieser Erlöschung? Man distinguire: entweder wird die väterliche Gewalt durch den Todt dessen, dem sie zustand, oder bey dessen Leben geendigt. Wenn das erste geschieht: so werden die Söhne und Töchter sui iuris; erben den Vater, ohne daß sie die Erbschaft durch eine Thathandlung anzutretten brauchen, (ipso iure) und heißen *sui* heredes; die Enkel aber fallen zuweilen in ihres Vaters Gewalt zurück. (153. I.)

Wie aber, wenn die väterliche Gewalt bey Lebzeiten dessen aufhört, dem sie zukam? Diese Frage theilt sich in zwey andere. Die erste ist: was verliert in diesem Falle der Vater? die zweyte: was verlieren die Kinder? Auf die erste Frage ist die Antwort: 1) alle Rechte der väterlichen Gewalt hören auf; nur in dem einzigen Fall, wenn der Vater die Kinder freywillig emancipirt, behält er den Nießbrauch über die Hälfte der Adventitien; das heißt des Vermögens, was die Kinder eigen haben; (bestimmter wird dieser Ausdruck im 430. §. erklärt werden) diesen müssen sie ihm aus Dankbarkeit für die Emancipation (praemium emancipationis) überlassen, so lange er

lebt. 2) Das Erbrecht des Vaters geht verlohren, a) wenn der Vater oder Sohn die größte und mittlere Capitis Deminution leidet; denn, wenn der Vater diese Capitis Deminution leidet: so verliert er seine Bürgerrechte, und niemand als ein Bürger konnte einen Bürger erben; leidet sie der Sohn: so verliert er sein Vermögen, es ist also bey ihm nichts zu erben. b) Wenn der Vater die Kinder von einem andern vollkommen adoptiren ließ. Denn nun erbte der Adoptivvater das adoptirte Kind allein. Ob übrigens dieses auch noch nach dem neuesten Römischen Recht behauptet werden könne, ist zweifelhaft; und die verneinende Meynung scheint die richtigste. Denn nach der 118. Novelle erben die emancipirte Kinder so gut, als die nicht emancipirte (sui), und die Cognaten so gut, als die Agnaten. Daraus folgt, daß mich mein Sohn erbe, ob ich ihn gleich von seinem Ascendenten habe adoptiren lassen. Ist aber dieß richtig: so muß man auch zugeben, daß ich in diesem Fall meinen Sohn erbe. c) Die Emancipation hebt das Erbrecht des Vaters nicht auf; denn der Vater, der seinen Sohn auf die alte Weise emancipirte, wurde als Patron des emancipirten Kindes angesehen. (§. 157.) Der Patron aber erbte den Freygelassenen. (§. 82.) Ob nun gleich die alte Emancipation abgeschafft wurde: so blieb doch das Erbrecht des Vaters im Vermögen der emancipirten Kinder in seiner Gültigkeit.

§. 162. Fortsetzung.

Die zweyte Frage war: was verlieren die Kinder, wenn sie aus der väterlichen Gewalt gehen? Man unterscheide leibliche und Adoptivkinder von einander. Die letztere verlieren, wenn sie die väterliche Gewalt verlassen, fast alle Rechte, welche sie durch die Adoption erlangt hatten. Ich sage fast alle Rechte. Nichts bleibt von den Wirkungen der Adoption übrig, als daß 1) der Adoptivvater die Tochter auch nach der Emancipation nicht heyrathen darf, weil die Ehe wider den Wohlstand wäre; 2) wenn ich einen Unmündigen arrogirt habe, und ihn ohne hinlängliche Ursache wieder emancipire: so muß ich ihm den vierten Theil meines Vermögens abtretten. (§. 145.) Bey den leiblichen Kindern aber ist zu merken: wenn ich ein Kind vollkommen, das heißt, von seinem Großvater oder Urgroßvater adoptiren lasse: so verliert es alle Kindesrechte gegen mich; also das Recht auf Alimente, und das Erbrecht. Doch scheint das letztere nach den neuesten Verordnungen Justinians in seinem Wesen zu bleiben, wie im vorigen §. gezeigt worden ist. Auch 2) wenn die Kinder die größte oder mittlere Capitis Deminution leiden, in die Sklaverey oder ins Exilium gerathen: so verlieren sie alle Kindesrechte. 3) Die alte Emancipation brachte die Kinder in eine Art von Sklaverey. Sie war zwar nur fingirt, (imaginaria servitus) indessen hatte sie doch rechtliche Wirkungen.

kungen. Denn sie hob die Familien- und Agnationsrechte auf. Ein Emancipirter wurde nicht mehr als ein Mitglied der Familie, als ein Agnat angesehen, erbte daher weder seinen Vater, noch jemand aus der Familie. Auch die obligationes stricti iuris wurden durch die Emancipation zernichtet; das heißt, wenn ein filius familias durch ein feyerliches Versprechen, (verba solennia) sich zu etwas verbindlich gemacht hatte, und emancipirt wurde: so hörte seine Verbindlichkeit auf. Eine gleiche Wirkung hatte die Anastasianische Emancipation, doch behielte der Emancipirte das Successionsrecht in dem Vermögen seiner Geschwister, welche in der väterlichen Gewalt geblieben waren. Auch konnte der Vater es bey dem Kayser mit erbitten, daß dem emancipirten Kind die Familienrechte bleiben sollten (*1). Nach Justinians Verordnung in der Nov 118. cap. 1. behalten die emancipirte Kinder ihr Erbrecht. Doch verlieren sie das ius sui heredis; das heißt, sie sind nicht mehr ipso iure Erben ihres Vaters, sondern müssen die Erbschaft durch die Antretrung erwerben (*2), und es ist ein Irrthum, den viele Juristen hegen (*3), daß auch die emancipirte Kinder nach dem Recht der Novellen sui heredes seyen. 4) Wenn ein Sohn durch eine Würde von der väterlichen Gewalt befreyt wurde: so behielt er ebenfalls die Familienrechte. Aber wie steht es mit dem iure sui heredis? Da Justinian in der Novelle 81. cap. 2. verordnet: daß Kinder in diesem Falle gar nichts von ihren Rechten verlieren sollen: so glaube ich, daß das ius sui heredis nicht aufhöre (*4).

(1) L. 11. C. de legit. hered. (VI. 58.)
(2) *Ge. Lud. Boehmer* diss. de discrimine suorum et emancipatorum in successione intestati, §. 2. sqq. elect. iur. civ. T. I. p. 151. *Ioh. Christ. Koch* de successione ab intestato, §. 6.
(3) *Forster* de successione ab intestato. L. 8. cap. 9. n. 6. *Stryk* de succes. ab intestato diss. 1. cap. 2. *Hellfeld* iurisprud. forensis lib. 1. tit. 7. §. 161.
(4) *Berger* Oec. iuris p. 116. edit. noviss. *I. H. Boehmer* diss. cit. de statu liberor. sui iur. factor. cap. 1. §. 17. Exerc. ad Pand. tom. I. p. 929. Anderer Meynung ist *G. L. Boehmer* l. c. §. 8. p. 146. sqq.

§. 163. Deutsches Recht.

Die väterliche Gewalt hört 1) heutzutag, wie sich von selbst versteht, durch den Todt auf. 2) Die Beendigung durch Capitis Deminution kommt bey uns sehr selten vor; denn ob wir gleich Sklaven haben: so trägt sich doch kein Fall zu, daß ein freyer Mensch und ein deutscher Bürger ein Sklav würde. Er kann in türkische Sklaverey fallen, aber wir sehen ihn darum doch nicht als Sklaven an. Wird jemand ein Leibeigener: so verliert er die väterliche Gewalt nicht; denn diese hat ein Leibeigener so gut, als ein Freyer. Wenn hingegen jemand in die Reichsacht erklärt wird: so verliert er alle seine

Rechte, und folglich auch die väterliche Gewalt. (§. 192.) Die Landesverweisung aber hat diese Wirkung nicht (*1). 3) Würden und Aemter befreyen heutigestages nicht von der väterlichen Gewalt, und wenn es auch die höchste und ansehnlichste wären. Dieß halte ich wenigstens für die richtigere Meynung, und glaube daher, daß es ganz unnöthig sey, zu untersuchen, welche heutige Aemter mit den von Justinian festgesetzten zu vergleichen seyen; auch daß die vormals sehr bestrittene Frage: ob die Doctorwürde von der väterlichen Gewalt befreye? leicht zu beantworten sey (*2). Da übrigens der Sohn, wenn er ein öffentliches Amt erhält, meistens auch seine eigene Haushaltung anstellt: so geht er aus der väterlichen Gewalt; aber die Ursache liegt nicht in dem Amt, sondern in der eigenen Oeconomie. 4) Die Emancipation ist nicht abgeschafft. Man hat Beyspiele, daß sie durch ein landesherrliches Rescript sowohl, als vor der Obrigkeit geschieht (*3). Indessen ist sie doch selten, weil die Kinder durch Anstellung einer eigenen Haushaltung, und die Töchter insonderheit durch das Heyrathen aus der väterlichen Gewalt gehen (*4). Wenn nemlich a) der Sohn sich häuslich niederläßt, und zugleich von dem Seinigen lebt: so wird er von der väterlichen Gewalt frey. Beydes also wird zusammen erfordert, eines allein ist nicht hinreichend (*5). Ein gleiches ist b) Rechtens, wenn die Tochter ihre eigene Oeconomie anfängt, wiewohl der Fall selten ist (*6). c) Wenn die Tochter heyrathet: so hört die väterliche Gewalt auf (*7). Hingegen hat d) die Verheyrathung des Sohnes allein diese Wirkung nicht (*8). 6) Diese Befreyung von der väterlichen Gewalt hebt zwar das Erbrecht nicht auf, aber doch das ius sui heredis (*9). Wenn heutigestages ein Kind ausdrücklich emancipirt wird: so behält der Vater die Hälfte der Adventitien im Nießbrauch, wie das Römische Recht vorschreibt (*10). Aber wenn die Kinder durch die eigene Haushaltung oder Verheyrathung aus der väterlichen Gewalt gehen: so fällt der Nießbrauch ganz weg. Dieß ist wenigstens die richtigere Meynung (*11). Denn diese Befreyung ist eine Wohlthat der Gesetze, nicht des Vaters. Der Vater kann also keine Belohnung dafür fordern. 8) Einige nennen die Befreyung der Kinder von der väterlichen Gewalt durch Heyrath und eigene Haushaltung eine stillschweigende oder Quasiemancipation. Aber die Benennungen sind unschicklich. Denn Emancipation erfordert eine Erklärung des Vaters, und zwar eine ausdrückliche. Hier aber ist schlechterdings keine Erklärung des Vaters nöthig, sondern die Befreyung von der väterlichen Gewalt geschieht ipso iure, auch gegen des Vaters Willen.

(1) *Lauterb.* coll. th. pr. lib. 1. tit. 7. §. 22.

(2) *Harpprecht* diss. de separatione liberorum ab oeconomia paterna (in diss. academ. vol. 1. n. 3.) n. 151. *Wernher* observ. ad *Boehmer* tit. de adopt. §. 10. *Thomas.* not. ad Inst. h. t. p. 71.

(3) *Wern-*

(3) *Wernher* part. 1. obſ. 9. pag. 11. *Heimburg* diſſ. cit. §. 65. ſqq. *Ludolf* tom. 2. obſ. 165. Moſer Staatsrecht 22 Theil. Seite 431. *Müller* ad *Leyſer*. tom. 1. obſ. 101. Anderer Meynung iſt Strube rechtl. Bed. 2. Th. 68. Bed.

(4) Man ſehe von dieſer Materie *Ferd. Chriſt. Harpprecht* diſſ. cit.

(5) *Berger* part. 1. reſp. 195. *Stryk* Uſ. mod. tit. de adopt. §. 19. *Leyſer* ſp. 21. med. 4. *Harpprecht* theſ. 22. et 27. *Müller* ad *Leyſer* obſ. 102.

(6) *Harpprecht* theſ. 19. n. 101.

(7) *Pufendorf* tom. 1. obſ. 99. Ob die Verheyrathung der Töchter bey den Römern eine Diſſolution der väterlichen Gewalt nach ſich gezogen habe, unterſucht *D'Arnaud* in var. coniecturis. pag. 194.

(8) *Heimburg* l. cit. §. 79. *Stryk* ad *Lauterb.* tit. de adopt. verb. *matrimonium*.

(9) *G. L. Boehmer* diſſ. cit. §. 16. ibique citati. *Harpprecht* diſſ. alleg. th. 37. n. 206. *Renz* diſſ. de mixtura iuris rom. et germ. in materia de patria poteſtate. §. 32. *Pufendorf*. tom. 3. obſ. 7.

(10) *Berger* Oecon. iur. l. 2. tit. 2. theſ. 33. not. 9. *Barth* diſſ. de emancipat. ſax. §. 8. Doch ſ. *Müller* ad *Leyſer* obſ. 352.

(11) Man ſehe Homberg k am a. O. *Stryk* in U. M. tit. de adopt. §. 26. *Berger* l. c. *Renz* diſſ. cit. §. 34. *Pufendorf* tom. 1. obſ. 98. §. 17. p. 270. Cramer Nebenſtunden 81. Theil. 7. Stück. S. 141. *Müller* ad *Leyſer*. l. c. Anderer Meynung iſt *Leyſer* ſp. 164. med. 5.

§. 164. Von der Abfindung der Kinder.

Um die Streitigkeiten abzuſchneiden, die in dem Fall, wenn Kinder aus verſchiedenen Ehen erben wollen, oft entſtehen, und zu verhindern, daß die Kinder erſter Ehe nicht durch die Stiefeltern verkürzt werden, hat man an einigen Orten in Deutſchland die Abſonderung der Kinder, Abtheilung, Abfindung, Schichtung eingeführt. Eltern, die zur zweyten Ehe ſchreiten wollen, tretten den Kindern erſter Ehe einen Theil ihres Vermögens ab, der entweder durch Verträge, oder die Obrigkeit beſtimmt wird. Die Wirkung davon iſt, a) daß die Kinder Eigenthümer dieſes abgetrettenen Vermögens werden; b) daß ſie Vormünder bekommen; c) daß die Kinder zweyter Ehe das übrige Vermögen allein erben, und d) die abgefundene Kinder nur alsdenn darin ſuccediren, wenn aus zweyter Ehe keine Kinder gebohren werden (*1). Hingegen e) die väterliche Gewalt wird durch die Separation nicht aufgehoben (*2).

(1) *Melch. Dethmar. Grolmann.* diſſ. de ſeparatione liberorum per elocationem et diviſionem. Giſſ. 1711. *Io. Georg Buinekau* diſſ. de ſeparatione liberorum. Goetting. 1752. *Mev.* ad ius Lubec. P. 2. tit. 2. artic. 2. et 3. *Stryk* de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ. 1. cap. 4. §. 23. ſqq. *Hert.* vol. 1. reſp. 195.

(2) *Buinekau* diſſ. cit. §. 9. *G. L. Boehmer* diſſ. cit. de diſcrim. ſuorum et emancipatorum §. 17.

TIT. XIII.
DE TUTELIS.

§. 165. Eintheilung der Menschen, welche sui iuris sind.

Im Familienzustande sind die Menschen entweder ihre eigene Herren, oder nicht, (sui iuris oder alieni iuris) die letztere sind entweder Sklaven, oder filii familias. Von beyden ist in den vorhergehenden Titeln gehandelt. Wir gehen nun zu den Menschen, welche sui iuris oder patres familias sind, und diese sind von dreyerley Art. Einige stehen unter der **Tutel**, andere unter der **Curatel**, andere unter **keiner Aufsicht** (neutro iure tenentur).

§. 166. Von den zweyerley Arten der Tutel nach altem Römischen Recht.

Das Wohl des Staates erfordert, daß Menschen, welche sich nicht selbst vorstehen, und ihr Vermögen nicht selbst verwalten können, einen Beystand bekommen, der die Aufsicht über ihre Person und Güter führt. Dergleichen Personen waren nach dem alten Römischen Recht 1) alle **Weibspersonen** lebenslang; 2) die **unmündige Mannspersonen**. Daher standen die Weibspersonen unter einer beständigen Tutel; nemlich so lange sie unmündig waren, unter der **pupillarischen**, sobald sie aber mündig wurden, unter der **Weibertutel**. Die Mannspersonen hatten Vormünder, bis sie mündig wurden. Die beständige Tutel der Weibspersonen aber kam in neuern Zeiten, ohngefehr im dritten Jahrhundert nach Christi Geburt, ab; genau läßt sich die Epoche nicht bestimmen (*1). Nach neuem Römischen Recht also stehen nur **Unmündige**, das heißt, Mannspersonen, welche noch nicht 14 Jahre haben, und Personen weiblichen Geschlechts, die noch nicht 12 Jahre alt sind, unter der Tutel; von der **beständigen Weibertutel** kommt in unsern Justinianeischen Gesetzbüchern nichts mehr vor.

(1) *Everh. Otto* diss. de perpetua feminarum tutela cap. 1. §. 24. in diss. iur. publici et privati p. 227. sqq.

§. 167. Erklärung der pupillarischen Tutel.

Was ist also die pupillarische Tutel? Unser Autor giebt zwey Definitionen, eine eigene, und eine legalische. Die eigene heißt: **die Tutel ist ein öffentliches, persönliches *munus*, vermöge dessen jemand Unmündige, die *sui iuris* sind, erziehen, und ihr Vermögen verwalten muß.** Zum Verstande dieser Definition bemerke man 1) die Tutel ist ein öffentliches, persönliches munus. Munus publicum heißt im Römischen Recht eine Beschwerde, eine Pflicht, die ein Bürger zum Besten des Staats übernehmen muß.

Besteht

Besteht diese Beschwehrde in einer Abgabe: so heißt sie munus publicum *reale* oder *patrimonii* oder *patrimoniale*; ist sie aber ein Dienst, eine Beschäftigung: so heißt sie munus publicum *personale*. Die munera personalia zwecken entweder direct und unmittelbar auf das Beste des Staates ab, oder sie gehen unmittelbar auf den Nutzen einzelner Bürger, dem Staat sind sie nur indirecte nützlich. Von der ersten Art sind z. E. die öffentliche Aemter, welche ein jeder Bürger zu übernehmen schuldig ist; defensio civitatis, (das Syndicat) cura annonae, praediorum publicorum, aquaeductuum und viele andere. Zu der letzten Art gehört tutela und cura. Man nennt diese auch daher munera *auctoritate publica*, *utilitate privata* (*1). 2) Das munus eines tutoris besteht in zwey Stücken: a) in der Erziehung eines Unmündigen, oder einer Unmündigen, und b) in der Verwaltung ihres Vermögens. Genauer wird diese doppelte Pflicht im 21ten Titel dieses Buches beschrieben werden. 3) Die Unmündige, welche unter der Tutel stehen, heißen Pupillen, Pflegbefohlne, Mündel. 4) Die Tutel ist also unterschieden von der Curatel eines Minderjährigen. Wenn nemlich ein Mensch mündig, aber noch nicht majorenn, nicht 25 Jahre alt ist, und sein Vermögen von einem andern verwaltet wird: so heißt dieser Curator. Im Deutschen benennt man beyde mit dem allgemeinen Namen Vormund.

Die legalische Definition steht im §. 1. Inst. h t. Der Verfasser ist Servius Sulpicius. Ueber ihre Erklärung ist vieles geschrieben worden. Die Tutel soll *vis* et *potestas* seyn. In diesen Worten sucht man mancherley Geheimnisse, an die der Verfasser wohl nie gedacht hat (*2). Servius Sulpicius hat vermuthlich nichts damit sagen wollen, als der Vormund hat das Recht, die Handlungen des Pupillen zu lenken. *In capite libero.* Ob diese Worte auf den Tutor oder Pupillen gehen, ist bestritten. Die richtigste Meynung aber ist wohl, daß der Pupill darunter zu verstehen sey (*3). *Iure civili data et permissa.* Einige suchen in diesen Worten die Gattungen der Tutel, die testamentariam, legitimam und dativam; sind aber wieder verschiedener Meynung, wenn die Frage ist: welche von diesen Tutelen iure civili data, und welche nur permissa sey? Andere erklären die angeführte Worte richtiger nur dahin: einem Tutor ist seine Gewalt von den Gesetzen ertheilt, aber auch bestimmt und eingeschränkt.

(1) und Modestinus sagt in der L. 6. §. 15. D. de excusat. die Tutel sey kein munus *reipublicae*, sondern *civile*. L. 1. D. de muner. et honor. muß hierbey nachgelesen werden. Eine ausführliche Erklärung dieser Stelle giebt *Ios. Finestres* in commentar. ad Hermogenian. tom. 1. p. 369. sqq.

(2) Man s. *Maran.* paratitl. tit. de testam. tut. in opp. p. 428. *Ev. Otto* in vita Serv. Sulpicii cap. 6. §. 4. in Eiusd. thesaur. tom. 5. p. 1589. *Gebauer* Programm. cit. in Eiusd. Exercit. vol. 2. n. 26. *Toullieu* diff. de auctoritate curatorum aetatis,

aetatis., in collectan. n. 8. p. 279. sqq. *Christ. Wagner* lib. sing. de genuina definitionis tutelae intellectu. Lipſ. 1742.

(3) *Wieſand* opuſc. p. 7. sqq.

§. 168. Drey Gattungen der Tutel, in Rückſicht auf deren Fundament.

Die Tutel iſt, wenn man auf ihr Fundament ſiehet, dreyerley: teſtamentaria, legitima und dativa. Wenn die väterliche Aſcendenten, Vater, Großvater ꝛc. im Teſtament einen Vormund ernennen: ſo heißt er *tutor teſtamentarius*, ſeine Vormundſchaft *tutela teſtamentaria*. Uebernehmen die nächſte Verwandten des Unmündigen die Tutel: ſo heiſſen ſie *tutores legitimi*. Giebt endlich die Obrigkeit einen Vormund: ſo wird er *tutor dativus* genennt. Die teſtamentaria geht allen andern vor. Wenn der Vater, Großvater ꝛc. im Teſtament einen Vormund ernennt hat: ſo haben die Verwandte weder ein Recht, noch eine Verbindlichkeit zur Tutel. Die legitima ſchließt die dativam aus; das heißt, ſo lange ſich noch Anverwandte des Pupillen finden, welche zur Vormundſchaft tüchtig ſind, kann die Obrigkeit keinen Fremden zum Vormund beſtellen.

Zweyerley habe ich noch anzumerken: 1) man findet bey dem Ulpian in ſeinen Fragmenten tit. 11. §. 7. 8. von einer *tutela ceſſitia* Nachricht. Er verſteht darunter eine Tutel, die ein Anverwandter dem andern abgetreten hat. Alſo nur die tutela *legitima* konnte abgetreten werden. Das Claudiſche Geſetz ſchaffte aber dieſe Abtretung der pupillariſchen Tutel ab, und erlaubte ſie nur bey der beſtändigen Weibertutel (*1). 2) Kennt nicht das Römiſche Recht auſſer der tutela teſtamentaria, legitima und dativa auch die *pactitiam*? Ueber dieſe Frage iſt in den neuern Zeiten Streit geführt worden, deſſen Geſchichte man in den Halliſchen Beyträgen zur juriſtiſchen gelehrten Hiſtorie (*2) findet. Doch fehlen einige neuere Schriften (*3). Die richtigere Meynung, die auch Heineccius vertheidigt, iſt, daß das Römiſche Recht nichts von der tutela pactitia wiſſe. Die Geſetze, worin man dieſe Tutel hat finden wollen, ſind §. 9. Inſt. de excuſ. tutor. und L. 15. §. 1. D. cod. Darin heißt es: ein Vormund könne ſich nicht von der Tutel excuſiren, wenn er dem Vater des Pupillen verſprochen habe, ſich ſeiner Excuſation nicht bedienen zu wollen. Dieſe Geſetze ſetzen alſo voraus, daß der Vormund ſchon durch Teſtament, oder durch die Geſetze unmittelbar zur Tutel verpflichtet, ſchon tutor teſtamentarius oder legitimus war. Der Grund ſeiner Vormundſchaft war folglich nicht ſein Vertrag mit dem Vater; und tutela pactitia kann doch wohl keine Tutel heißen, als deren Grund in einem Vertrage liegt.

(1) *Chriſt. Guil. Küſtner* diſſ. de tutela ceſſitia. Lipſ. 1745. 4.
(2) 1. Theil. 131. u. f. S.
(3) Nemlich *Lud. Henr. Schmid* de tutela pactitia iure rom. incognita. Alton. 1743.

1743. *H. G.* van *Vryhof* obſervat. iur. civ. cap. 9. *Io. Gottl. Heineccii* opuſculum de tutela pactitia. Lipſ. 1765. 4.

§. 169. Wer kann Vormund werden?

Weil die Tutel ein perſönliches munus iſt: ſo kann 1) ein filius familias Vormund werden; denn er iſt ein freyer Menſch, und hat in Rückſicht auf den Staat alle Rechte und Pflichten eines Bürgers. Hingegen 2) ein Sklav, ein Fremder, eine Weibsperſon können keine Tutelen übernehmen. Denn ein Sklav und Fremder haben die Rechte und Pflichten der Bürger nicht; und einer Weibsperſon trauen die Geſetze die zur Tutel erforderliche Geſchicklichkeit, Ueberlegung und Klugheit nicht zu (*1). Doch ſind Mutter und Großmutter nicht ausgenommen (*2). Sie können nicht allein Vormünderinnen werden, ſondern gehen auch andern Verwandten in der Vormundſchaft vor. Man glaubt, daß das, was ihnen als Weibsperſonen an der erforderlichen Geſchicklichkeit fehle, durch die vorzügliche Liebe zu ihren Kindern und Enkeln hinlänglich erſetzt werde. Nur müſſen ſie im Wittwenſtande bleiben. Denn ſobald ſie zur zweyten Ehe ſchreiten, verlieren ſie die Vormundſchaft, weil man fürchtet, daß ſie für den zweyten Ehemann mehr Liebe, als für ihre Kinder oder Enkel hegen mögen. Nach den Römiſchen Geſetzen verliert die Mutter, wenn ſie zur zweyten Ehe ſchreitet, ſogar das Recht, die Kinder zu erziehen. Dieß wird aber in Deutſchland nicht beobachtet.

(1) *Fineſtres* ad Hermogenian. p. 544. ſqq.

(2) Leyſer ſp. 331. med. 4. glaubt, heutigestages könnten auch andere Verwandtinnen, z. E. Schweſtern und Tanten zur Vormundſchaft gelaſſen werden. Allein die Nov. 118. cap. 5. ſagt ausdrücklich: *his ſolis* (der Mutter und Großmutter) tutelam ſubire permittimus. Strube rechtl. Bed. 2. B. 120. Bed.

§. 170. Fortſetzung. Die Vormünder ſind in Abſicht auf ihr Amt dreyerley.

Der Vormund ſoll den Pupillen erziehen, und ſein Vermögen verwalten. 1) Wer alſo zur Erfüllung dieſer doppelten Pflicht nicht fähig iſt, der wird nicht zur Vormundſchaft gelaſſen. Im Titel de excuſationibus tutorum werden dieſe Vormundſchaftsunfähige genauer beſtimmt werden. Weil aber 2) der Vormund auf mancherley Art dieſe Pflichten erfüllen kann: ſo ſind die Vormünder dreyerley, entweder *gerentes*, oder *honorarii* oder *notitiae cauſa dati*. Gerentes heißen die, welche unmittelbar an der Erziehung und Güter-Adminiſtration Theil nehmen; honorarii, welche nur die Oberaufſicht führen (*1), und notitiae cauſa dati, welche den übrigen mit ihrem Rathe beyſtehen ſollen.

(1) Von den tutoribus honorariis ſagt *Ulpian* L. 3. §. 2. D. de adminiſtr. et peric. tut. Nec quisquam putet, ad hos periculum nullum redundare. Conſtat enim hos quoque excuſſis prius facultatibus eius, qui geſſerit, conve-

niri oportere. Dati enim sunt *quasi observatores actus eius et custodes*, imputabiturque eis quandoque, cur, si male eum conversari videbant, suspectum eum non fecerunt. Assidue igitur et rationem ab eo exigere eos oportet, et sollicite curare, qualiter conversetur, et si pecunia sit, quae deponi possit, curare, ut deponatur ad praediorum comparationem.

§. 171. Wer bekommt einen Vormund?

Der Tutor wird zur Erziehung des Pupillen, und zur Güterverwaltung bestellt. Daraus folgt, 1) daß ein filius familias keinen Tutor bekommt, denn er ist in der väterlichen Gewalt; sein Vater erzieht ihn, und verwaltet sein Vermögen. 2) Kein Sklav bedarf eines Tutors. Er hat kein Vermögen, und ist er noch unerzogen: so erzieht ihn sein Herr. 3) Auch ein Fremder bekam keinen Römischen Tutor, das ist, keinen Tutor, dessen Rechte und Verbindlichkeiten nach den Römischen Gesetzen beurtheilt wurden.

TIT. XIV.

QUI TESTAMENTO TUTORES DARE POSSUNT.

§. 172. Einleitung zu dieser Materie.

Die erste Gattung der Tutel ist also die testamentarische. Wenn jemand in einem letzten Willen einem Pupillen einen Vormund setzt: so ist er entweder ein väterlicher Ascendent, Vater, Großvater ꝛc. des Unmündigen, oder nicht. Im letzten Fall ist keine testamentarische Tutel vorhanden. Der Vormund wird zwar zuweilen von der Obrigkeit bestätigt, wenn er tüchtig ist; aber er ist doch kein testamentarischer Tutor, sondern ein *dativus*. Wenn hingegen ein väterlicher Ascendent einen Vormund ernennt: so heißt die Tutel eine testamentarische, und diese ist zweyerley. Entweder ernennt der Ascendent den Vormund auf die gehörige Weise, oder nicht. Im letzten Fall hat der Vormund obrigkeitliche Bestätigung nöthig, im ersten nicht. Dieß ist ein kurzer Abriß der Lehre von der testamentlichen Vormundschaft, die in dem gegenwärtigen Titel auseinander gesetzt wird.

Schon in den Gesetzen der zwölf Tafeln ist diese Tutel gegründet. Denn sie verordnen in der fünften Tafel: pater familias uti legassit super re sua, tutelave suae rei ita ius esto, **alles, was ein Hausvater über sein Vermögen, oder über die Vormundschaft seiner Kinder verordnet, soll gelten.** Ob die Leseart tutelave *suae rei* richtig sey, ist zweifelhaft; weil es einigen unschicklich scheint, daß die Kinder *res* seyn sollen. Sie lesen also nach Anleitung der Leg. 53. D. de V S. super pecuniae tutelaeve, nach alter Art der Genitiv statt des Ablativs gesetzt (*1). Die testamentarische Tutel ist also eine

Vor-

Vormundschaft, welche ein väterlicher Ascendent, vermöge der väterlichen Gewalt, seinen unmündigen Kindern oder Enkeln, die nach seinem Todte sui iuris werden, auf die gehörige Weise bestellt. Sie wird in den Gesetzen als eine den Unmündigen sehr vortheilhafte Tutel angesehen. Die Gesetzgeber glauben nemlich, ein väterlicher Ascendent werde keinen zum Vormund bestellen, den er nicht sorgfältig geprüft und als einen ehrlichen, zur Vormundschaft tüchtigen Mann kennen gelernt hat.

(1) *Schulting* l. in text. cit. *Wieling* Lect. iur. civil. lib. 2. cap. 17. *Io. Fridr. Hertel* diss. de genuino sensu legis 120. de verb. signif. p. 22. sqq. und *Madihn* tr. de substit. pupill. §. 9. 10.

§. 173. Grundsätze bey dieser Tutel.

Die Grundsätze bey dieser Art von Vormundschaft sind also: 1) nur ein väterlicher Ascendent kann einen testamentarischen Vormund ernennen; 2) Er muß aber auch die väterliche Gewalt über den Unmündigen haben, dem er einen Vormund setzen will. 3) Nur denen Kindern kann der Ascendent einen Vormund bestellen, welche nach seinem Absterben sui iuris werden. 4) Er muß es, wenn sein Wille Wirkung haben soll, auf die gehörige Weise thun.

§. 174. Die väterliche Ascendenten allein können einen testamentarischen Vormund bestellen.

Nur die Tutel heißt bey den Römern eine testamentarische, welche von den väterlichen Ascendenten, dem Vater, väterlichen Großvater ꝛc. bestellt ist. Wenn also die Mutter, der mütterliche Großvater (* 1), der Oheim, ein entfernterer Verwandter, oder gar ein Fremder einem Unmündigen einen Vormund im Testament ernennen: so ist es kein testamentarischer. Indessen wird er doch zuweilen von der Obrigkeit zur Vormundschaft gelassen. Wenn nemlich die ebengedachte Personen a) einen Unmündigen zum Erben ernennen, und ihm zugleich einen Vormund setzen: so wird derselbe, insofern ihn die Obrigkeit tüchtig findet, (praevia inquisitione) bestätigt, und ist nun ein tutor dativus. Modestinus sagt (* 2), wer einen Pupillen zum Erben einsetzt, und ihm einen Vormund ernennt, quasi in rem potius, quam in personam tutorem dare videtur. Er bestellt einen Vormund über das Vermögen, das er dem Unmündigen hinterläßt, und wie kann man ihm das wehren? Wollte hingegen b) einer, der kein väterlicher Ascendent ist, einem Pupillen, den er nicht zum Erben einsetzt, einen Vormund ernennen: so würde auf diese Verordnung gar keine Rücksicht genommen werden, das heißt, die Obrigkeit wäre nicht verbunden, den Vormund zu bestätigen, und wenn auch nichts gegen ihn zu erinnern wäre (* 3).

(1) *Brunnemann* cent. 1. decis. 93. *Richerz* diss. var. quaest. circa testamentum avi materni, (Giss. 1775.) §. 5.
(2) L. 4. D. h. t.
(3) L. 4. C. de test. tut. (V. 28.) sagt zwar: mater testamento filiis tutores dare non potest, nisi eos heredes instituerit. Quando autem eos heredes *non* instituerit, solet ex voluntate defunctae datus tutor a Praesidibus confirmari. Allein das non muß ausgestrichen werden: s. *Vinn.* ad §. 5. I. de tutel. n. 3.

§. 175. Wem können sie einen Vormund setzen?

Das Fundament der testamentarischen Vormundschaft ist die väterliche Gewalt. Daher kann ein väterlicher Ascendent unehelichen und emancipirten Kindern eigentlich keinen Vormund ernennen. Er hat über sie keine väterliche Gewalt. Enterben können die Ascendenten ein Kind, und ihm dennoch einen Vormund geben; denn durch die Enterbung wird die väterliche Gewalt nicht aufgehoben, wie wir oben gesehen haben. Man wird zwar einwenden: Vormundschaft setzt einen Unmündigen, Enterbung hingegen eine grosse Bosheit voraus. Wie kann man also ein unmündiges Kind enterben? Allein der Fall könnte doch wohl vorkommen, daß ein Mensch im zwölften, dreyzehenden Jahre schon so böse Streiche verübte, daß er die Enterbung verdiente. Auch giebt es eine Enterbung, die nicht aus feindlichen Absichten geschieht, (§. 535.) und die bey einem Unmündigen statt finden kann.

§. 176. Fortsetzung.

Die Vormundschaft setzt einen Unmündigen voraus, welcher sui iuris ist. Daher kann der Großvater den Enkeln, die nach seinem Tode in ihres Vaters Gewalt fallen, keinen Vormund bestellen. Man denke sich nemlich den Fall

daß der Großvater A seinen Sohn B und seine Enkel D E F noch alle in seiner väterlichen Gewalt habe. Dieser Fall konnte bey den Römern oft vorkommen, weil die Söhne, wenn sie gleich ihre eigne Haushaltung anstellten, und heyratheten, doch in der väterlichen Gewalt blieben. Kann also der Großvater A seinen Enkeln D E und F einen Vormund bestellen? Dem Enkel F kann er einen ernennen; denn dieser wird nach des Großvaters Todt ein homo

sui

sui iuris; aber nicht den Enkeln D und E, weil sie nach seinem Todt in ihres Vaters B Gewalt fallen.

§. 177. Wie muß der testamentarische Vormund ernennt werden?

Der väterliche Ascendent, welcher einen Vormund ernennen will, muß es auf die gehörige Art thun. Dahin gehört 1) daß er den Vormund in einem gültigen Testament, oder in Codicillen ernenne, die im Testament bestätiget sind. Die Ursache liegt darin; wenn ich einen Vormund über meine Kinder ernenne: so will ich, daß er verbunden werde, meinen Willen zu erfüllen. Ich muß also eine solche Willenserklärung wählen, welche verbindende Kraft hat. Von dieser Art aber sind die Testamente; denn sie wurden in den ältesten Zeiten Roms eben so wie die Gesetze in den Volksversammlungen (comitiis) errichtet, und hatten daher gesetzliches Ansehen. Ein gleiches Ansehen hatten die im Testament bestätigte Codicille; denn sie wurden als ein Theil des Testaments angesehen, und was darinn verordnet ist, wird angesehen, als wenn es im Testament selbst verordnet wäre. Beyläufig bemerke man, daß eine Willenserklärung, worin ich einen Erben ernenne, ein Testament; eine andere Disposition aber, die nach meinem Todt befolgt werden soll, ein Codicill heise. Wenn ich im Testament erkläre, daß auch die schon verfertigte, oder noch zu verfertigende Codicille als ein Theil des Testaments betrachtet werden, und gelten sollen: so nennt man sie durch Testament bestätigte Codicille. Genauer wird diese Sache in den Titeln de testamentis, und de codicillis erklärt werden.

2) Wenn ich einen Vormund ernenne: so will ich, daß meine Ernennung Wirkung habe. Folglich muß ich a) einen bestellen, welcher fähig ist, die Vormundschaft zu übernehmen. Bestelle ich einen, der physisch oder moralisch unfähig dazu ist, z. E. einen Blödsinnigen, einen Soldaten: so ist die Ernennung ohne Kraft. Ich muß b) meinen Willen bestimmt ausdrücken, so daß man weiß, wen ich gemeint habe, und keine Ungewißheit übrig bleibt. Wenn ich also, wie jener Vater bey Leyser (*1) erklärt hätte, daß meinen Kindern verschwiegene, ehrsame, und wohl angesessene *tutores* gegeben werden sollten: so ist die Erklärung so gut, als keine (*2).

(1) *Leyser* Sp. 330. med. 2.

(2) Wie aber, wenn ich einen Vormund ernennt hatte, welcher zwar, da ich ihn ernennte, ungewiß war, indessen doch bey meinem Absterben gewiß ist: z. E. wer von meinen Vettern zu der Zeit, da ich sterbe, der nächste ist, soll Vormund meiner Kinder seyn. Auch ein solcher Vormund kann nicht als ein testamentarischer angesehen werden, und hat die Vorzüge eines solchen nicht. §. 27. I. de legat. ibique *Vinn.*

§. 178. Die testamentarische Tutel ist sehr begünstigt. Folge daraus.

Da es die Römische Gesetzgeber für sehr vortheilhaft für einen Pupillen halten, einen testamentlichen Vormund zu haben: so kann man 1) auch postumis einen Vormund bestellen, Kindern, welche zur Zeit, da man die Disposition macht, noch nicht gebohren sind. Denn bey solchen Kindern gilt die Regel: postumus, si de eius commodo quaeritur, pro iam nato habetur. 2) Man kann einen Vormund unbedingt, (pure) und unter einer Bedingung bestellen. Die Bedingung kann dergestalt beygefügt werden, daß der ernannte Vormund nicht eher zur Tutel gelangen soll, als bis die Condition erfüllt wird, (conditio suspensiva) auch so, daß er die Vormundschaft niederlegen soll, wenn die Bedingung zur Erfüllung gelangt. (conditio resolutiva) Man kann einen Vormund auf gewiffe Zeit und von einer gewissen Zeit an bestellen, z. E. A soll Vormund über meinen Sohn seyn, bis dieser zehn Jahre alt ist; nachher soll B. die Vormundschaft führen. 3) Wenn ein väterlicher Ascendent bey der Vormundschaftsbestellung auch etwas versieht: so wird dennoch, wofern es nur thunlich ist, der Vormund von der Obrigkeit bestätiget. Diese Bestätigung geschieht sogar meistens ohne vorherunternommene Untersuchung über die Tüchtigkeit des Vormundes. Denn man glaubt, der Ascendent werde diese Untersuchung schon vorgenommen haben. Und ein auf diese Weise bestätigter Vormund ist kein tutor dativus, wie der, von welchem im 174. §. die Rede war, sondern ein testamentarischer.

Ich habe gesagt, wenn der Ascendent bey Ernennung des Vormundes etwas versieht. Beyspiele sind in der Note erzählt. Es gehört dahin a) wenn das Testament, worin der Vormund ernennt ist, ungültig ist. b) Wenn der Vormund in Codicillen ernennt ist, die nicht in einem Testament bestätiget sind; c) wenn ich meinen emancipirten Kindern oder Enkeln einen Vormund ernenne, oder d) meinen natürlichen, das heißt, mit einer Concubine erzeugten Kindern. Nur muß ich ihnen zugleich etwas von meinem Vermögen hinterlassen; denn sonst wird auf meine Disposition nicht reflectirt (* 1).

(1) Hermogenian sagt L. 7. D. de confirm. tut. naturali filio, cui nihil relictum est, tutor frustra datur a patre; nec sine inquisitione confirmatur. Diese Stelle wird auf sehr verschiedene Art erklärt. Man. s. *Finestres* ad Hermogenian. p. 532. sqq. Meiner Meynung nach will Hermogenian sagen! wenn der Vater seinem natürlichen Kinde etwas hinterläßt, und einen Vormund bestellt: so wird dieser ohne Inquisition bestätigt. Wenn der Vater hingegen dem natürlichen Kind nichts hinterlassen hat: so ist die Obrigkeit gar nicht schuldig, den Vormund zu bestätigen.

§. 179. Was ist Rechtens, wenn der testamentarische Tutor verhindert wird, oder ganz wegfällt?

1) Zuweilen wird der testamentarische Tutor verhindert, die Tutel sogleich

gleich zu übernehmen; (tutela teſtamentaria impeditur) 2) Zuweilen fällt derſelbe ganz weg, das iſt, er kommt gar nicht zur Tutel, oder verliert ſie; (deficit tutela teſtamentaria) Im erſten Fall giebt die Obrigkeit einen Interims-Vormund, (* 1) welcher die Tutel ſo lange führt, bis das Hinderniß aufhört. Dahin gehört, wie in der erſten Note bemerkt wird: a) wenn der Tutor erſt nach einer gewiſſen Zeit die Vormundſchaft erhalten ſoll, und dieſe Zeit bey dem Abſterben des Vaters noch nicht erſchienen iſt; (dies adhuc pendet) b) wenn der Tutor nicht eher zur Vormundſchaft kommen ſoll, bis eine gewiſſe Bedingung erfüllt iſt, (datus eſt ſub conditione ſuſpenſiva,) und die Erfüllung noch nicht geſchehen iſt, (conditio adhuc pendet) c) Wenn der Vormund unbedingt beſtellt worden iſt, aber der eingeſetzte Erbe die Erbſchaft noch nicht angetreten hat. Denn ſo lange das noch nicht geſchehen iſt, bleibt alles aufgeſchoben, (in ſuſpenſo) was im Teſtament verordnet iſt (* 2). Man muß ſich übrigens hier folgenden Fall vorſtellen: der Vater hat ſein unmündiges Kind enterbt, und einen andern Erben eingeſetzt, dem Kind aber dennoch einen Vormund beſtellt. Der eingeſetzte Erbe deliberiret, ob er die Erbſchaft annehmen will. Während dieſer Zeit wird von der Obrigkeit ein Tutor gegeben. Tritt nachher der Erbe die Erbſchaft an: ſo wird die Tutel dem teſtamentariſchen Tutor übergeben (* 3). d) Gehört hieher der Fall, wenn der teſtamentariſche Tutor in die feindliche Gefangenſchaft gerathen iſt. Während dieſer Zeit nemlich, daß er gefangen iſt, giebt die Obrigkeit einen Vormund; und kommt der teſtamentariſche Vormund wieder zurück: ſo wird ihm die Tutel abgetreten. e) Wenn der im Teſtament ernennte Tutor noch minderjährig iſt. Hier muß die Obrigkeit einen Tutor geben, welcher in der Zwiſchenzeit, bis der teſtamentariſche Vormund majorenn wird, die Tutel führt. f) Wenn er taubſtumm oder blödſinnig iſt, und man hofft, daß die Mängel mit der Zeit gehoben werden können (* 4).

Wie aber, wenn die teſtamentariſche Tutel ganz wegfällt? Hier ſind zwey Sätze zu bemerken. Der erſte heißt: wenn die Obrigkeit bey dem Abgang des teſtamentariſchen Tutors concurriret: ſo giebt ſie einen andern Vormund; der zweyte: wenn ſie aber nicht concurriret: ſo kommt der geſetzliche Tutor zur Vormundſchaft. Zu dem erſten Satz gehören folgende Beyſpiele: a) wenn der im Teſtament ernennte Tutor ſich entſchuldiget. Findet der Magiſtratus die Entſchuldigung gegründet: ſo diſpenſirt er den ernennten Vormund von der Tutel, und giebt einen andern, wen er will, nicht gerade den nächſten Verwandten des Pflegbefohlnen. b) Wenn der teſtamentariſche Tutor wegen ſchlechter Führung der Vormundſchaft abgeſetzt wird. Auch hier giebt die Obrigkeit einen andern Vormund, und zwar, wen ſie will. Zum zweyten Satz gehören nachſtehende Exempel; a) wenn der teſtamentariſche Tu-

tor ſtirbt, ehe er die Tutel übernommen hat, oder ehe der Pupill mündig iſt; (* ſ) b) wenn die Zeit, auf welche der Vormund ernennt war, verfloſſen iſt. (dies, in quem tutor datus, venit.) c) Wenn der Vormund nur bis zur Exiſtenz einer gewiſſen Bedingung die Vormundſchaft führen ſoll, z. E. ſo lange, bis er heyrathet, und dieſe Bedingung exiſtirt, (conditio reſolutiva exiſtit.) In allen dieſen Fällen übernimmt der geſetzliche Vormund (tutor legitimus) die Tutel.

Der Grund, warum in dem einen Fall die Obrigkeit einen Tutor giebt, im andern Fall aber die tutela legitima eintritt, iſt nicht in den Geſetzen, und ſo viel ich weiß, auch von keinem Rechtsgelehrten angezeigt. Ich glaube, daß er darin liegt: im erſten Fall (ſi tutor deficit concurrente magiſtratu) erfuhr der Römiſche Magiſtratus den Abgang des teſtamentariſchen Tutors; er mußte daher einen andern beſtellen, und zwar den tüchtigſten, nicht nothwendig den nächſten Verwandten; weil dieſen der Vater nicht zum Vormund beſtellt, und dadurch ſchon einigermaſſen verdächtig gemacht hatte. Im zweyten Fall aber (ſi tutor teſtamentarius deficit non interveniente magiſtratu) kommt der nächſte Verwandte zur Tutel. Denn die Römiſche Magiſtratus hatten einen ungeheuer groſſen Jurisdictionsbezirk, und erfuhren daher einen ſolchen Abgang des teſtamentariſchen Tutors gar ſelten.

(1) Oder auch einen Curator, §. 5. I. de curat.

(2) L. 9. L. 16. p. D. de teſtam. tut.

(3) *Vinnius* ad §. 1. I. de Attil. tut. Aber wenn nun der eingeſetzte Erbe die Erbſchaft ausſchlägt, wer erhält alsdann die Tutel? *Mynſinger* ad §. 1. Inſt. de Attil. tut. verb. definebat eſſe tutor, glaubt, der teſtamentariſche bekomme ſie. Allein *Rittersh.* in comment. ad tit. de Attil. tutore p. 107. behauptet, ſie falle dem geſetzlichen zu. Da ein Vormund, der in einem andern ungültigen Teſtament (rupto, aut imperfecto teſtamento) vom Vater ernennt iſt, die Vormundſchaft, wiewohl nach vorhergehender Beſtätigung der Obrigkeit, erhält: ſo ſollte man eben dieſes auch im gegenwärtigen Fall behaupten. Ich ſehe aber freylich nicht ein, wozu es bey dieſen Umſtänden nöthig war, daß man während der Zeit, als die Erbſchaft noch nicht angetreten war, (iacente hereditate) einen Dativtutor beſtellte. Denn die Erbſchaft mochte angetreten werden, oder nicht: ſo kam doch allezeit der teſtamentariſche Tutor zur Tutel.

(4) Ein ſolcher Interimstutor wird auch gegeben, wenn der nächſte tutor legitimus verhindert wird, ſogleich die Tutel zu übernehmen. L. 7. §. 10. D. de excuſat.

(5) *Dan. Fridr. Hoheiſel* in ſched. de tutore in locum teſtamentarii defuncti a magiſtratu dando, Hal. 1736. meynt, Ulpian und Paulus, welche dieſen Satz in L. 11. de teſtam. tut. und L. 6. de legit. tut. behaupten, hätten ſich geirret. Seltſam, daß Hoheiſel die Sache beſſer verſtehet, als Ulpian und Paulus.

§. 180. Deutſches Recht.

In Deutſchland ſollen nach der Vorſchrift der beyden angeführten Policeyordnungen alle Vormünder von der Obrigkeit beſtätiget werden. Alſo,

wenn

wenn gleich ein Vormund im Teſtament von dem Vater auf die gültigſte Weiſe beſtellt iſt: ſo muß er dennoch die obrigkeitliche Beſtätigung ſuchen und alles, was ein Vormund thut, ehe er beſtätiget iſt, gilt nicht (* 1). Man ſchließe aber daraus nicht, wie einige gethan haben, daß heutiges Tages aller Unterſchied zwiſchen vollkommen und unvollkommen teſtamentariſchen Vormündern wegfalle, und der gegenwärtige Titel keinen practiſchen Nutzen mehr habe. Dieſe Folge wäre irrig, und ich will ſie §. 185. widerlegen.

(1) *Boehmer* conſult. et deciſ. vol. 1. reſp. 549. n. 9.

TIT. XV.

DE LEGITIMA AGNATORUM TUTELA.

§. 181. Fälle, wo die geſetzliche Tutel eintritt.

Wenn a) kein Tutor oder b) kein gehörig beſtimmter im Teſtament ernennt, oder c) der Ernennte ganz unfähig iſt, oder d) ohne Concurrenz der Obrigkeit (§. 170.) abgehet: ſo kommen gewiſſe Perſonen zur Tutel, welche die Geſetze ſelbſt dazu rufen, und dieſe heißen *tutores legitimi*, geſetzliche Vormünder.

§. 182. Was iſt die geſetzliche Tutel?

Geſetzliche Tutel, *tutela legitima*, im weitläuftigen Verſtande heißt jede Tutel, die von den Geſetzen gewiſſen Perſonen unmittelbar übertragen wird. Sie iſt zweyerley. Entweder gründet ſie ſich in den Geſetzen der zwölf Tafeln, oder iſt durch die Gewohnheit eingeführt. Von der letzten Art iſt die *tutela fiduciaria*, welche im 19ten Titel beſchrieben wird. Die erſte heißt tutela legitima in eigentlichem Verſtand, und ſie iſt in den Geſetzen der 12 Tafeln entweder ausdrücklich, oder nur verſteckt (*implicite*) gegründet. Ausdrücklich enthalten dieſe Geſetze die *tutelam agnatorum*; verſteckt die *tutelam patronorum* und *parentum* (* 1).

Zur weitern Aufklärung dieſer Materie bemerke man: 1) die Geſetze der 12 Tafeln riefen die Agnaten mit deutlichen Worten zur Erbſchaft und zur Tutel. In der fünften Tafel heißt es: ſi pater familias inteſtato moritur, cui impubes ſuus heres eſcit, agnatus proximus tutelam nancitor. 2) Dieſe Geſetze riefen auch den Patron und ſeine Kinder zur Erbſchaft des Freygelaſſenen. Die 5te Tafel ſagt: ſi libertus inteſtato moritur, cui ſuus heres nec eſcit, aſt patronus patronive liberi eſcint: ex ea familia (nemlich des Freygelaſſenen) in eam familiam (des Patrons) proximo pecunia aduitor (das Vermögen ſoll ihm heimfallen). Von der Vormundſchaft des Patrons über den

Freygelassenen, sagen diese Gesetze nichts. Weil aber die Juristen die Regel festgesetzt hatten: wer Erbe eines Menschen ist, muß auch nach den Gesetzen die Vormundschaft über ihn übernehmen: so schlossen sie ferner, daß nach dem Sinn des Gesetzes der Patron Vormund über den unmündigen Freygelassenen seyn müsse, und nennten daher diese Tutel auch eine gesetzliche. 3) Die Tutel eines Vaters über seine unmündige emancipirte Kinder kam ebenfalls in den Gesetzen der 12 Tafeln nicht vor. Indessen führten sie die Juristen ein, weil man den Vater als Patron des emancipirten Kindes betrachtete, und sie wurde durch die Observanz angenommen. Man nennte sie tutelam fiduciariam, von dem pacto fiduciae, welches bey der alten Emancipation geschlossen wurde. (§. 159.) 4) Die Rechtsgelehrten brachten auch den Satz auf: wenn ein Vater, welcher über sein emancipirtes Kind die Tutel geführt hat, vor deren Endigung stirbt: so sollen die nicht emancipirte Söhne des Vaters die Tutel continuiren; und auch diese wurde fiduciaria genennt, weil sie eine Fortsetzung der eigentlichen fiduciarischen war. 5) Als der Prätor dem Vater ein Successionsrecht in dem Vermögen seiner emancipirten Kinder gab: (§. 636.) so rechneten nun die Juristen des Vaters Vormundschaft über dergleichen Kinder unter die gesetzlichen. Denn nun trat die Regel bey dem Vater ein: wer erbt, muß auch nach den Gesetzen Vormund werden. Hingegen 6) bekamen die nicht emancipirte Söhne des Vaters kein Erbrecht in dem Vermögen des emancipirten Kindes; daher wurde auch ihre Tutel nie legitima genennt, sondern behielt den Namen fiduciaria.

(1) Einige Juristen, z. E. *Io. Faber* ad tit. I. de legit. patronor. tut. n. 1. und *Stryk* us. mod. Pand tit. de legit. tutor. behaupten, daß auch die pupillariter substituti zu den legitimis tutoribus gehörten; aber ohne Grund. S. *Car. Frid. Walch* diss. (sub. praesid. Buderi. Ien. 1753.) de tutela extraneor. legitima, §. 9. 10.

§. 183. Von der Vormundschaft der Agnaten und Gentilen.

Die gesetzliche Vormünder sind nach den 12 Tafelgesetzen die Agnaten. Sie sind, wenn jemand ohne Testament stirbt, seine Erben, und müssen daher auch Vormünder werden. Denn die Römer sahen die Vormundschaft als eine grosse Last an, und hielten es daher für billig, daß der, welcher die Hoffnung zur Erbschaft hat, auch die Vormundschaft übernehme. Sind mehrere Agnaten vorhanden: so geht der nähere im Grad dem entferntern vor; sind sie im gleichen Grad: so bekommen sie alle zusammen die Tutel; Ist der nächste untüchtig dazu: so bekommt sie der nächst folgende. Die Cognaten erben nach den Gesetzen der 12 Tafeln nicht; daher waren sie auch nicht schuldig Vormünder zu werden.

§. 184. Justinians Verordnung darüber.

Justinian aber hat in der Intestaterbfolge den Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten aufgehoben. Ein jeder Verwandter, er sey Agnat, oder Cognat, hat ein Erbrecht. Daher müssen auch die nächste Cognaten die Vormundschaft übernehmen, so gut als die Agnaten. Sogar die Mutter und Großmutter gelangen dazu; gegen die Regel, vermöge der die Weibspersonen von der Tutel ausgeschlossen sind; und werden den entfernteren Verwandten vorgezogen. Wenn der nächste Verwandte zur Zeit, da ihm die Tutel zufällt, noch minorenn ist: so übernimmt sie einsweilen der entferntere (* 1) so lange, bis jener majorenn wird.

(1) L. 9. §. 1. de tutel. et ration. *Leyser* sp. 331. cor. 6. p. 480.

§. 185. Deutsches Recht.

Ein gesetzlicher Vormund bedarf nach Römischem Recht keiner Bestätigung. Nach Deutschen Gesetzen aber haben alle Vormünder, also auch die gesetzlichen, die obrigkeitliche Bestätigung nöthig. Thomasius (* 1) und Ludewig (* 2) wollen daraus den Schluß ziehen, daß alle Vormünder in Deutschland dativi tutores seyen, und daß der ganze Unterschied zwischen einem testamentarischen, gesetzlichen und gegebenen Vormund wegfalle. Aber dieser Schluß ist übereilt. Wenn er richtig wäre: so könnte die Obrigkeit den testamentarischen und gesetzlichen Vormund nach Gefallen übergehen und einen andern bestellen: dieses geht aber nicht an. Die Obrigkeit muß hinlänglichen Grund haben, wenn sie dem testamentlichen oder gesetzlichen Vormund die Bestätigung versagen will (* 3). Die obrigkeitliche Bestätigung ist auch den vollkommen testamentarischen, und gesetzlichen Vormündern blos dazu nöthig, daß sie die Vormundschaft führen können; ihr Recht dazu entsteht aus dem Testament, oder aus den Gesetzen. Es ist daher noch heutiges Tages, wie Ayrer (* 4) zeigt, ein grosser Unterschied zwischen der Bestätigung, welche ein unvollkommen testamentlicher, und derjenigen, die ein vollkommen testamentarischer oder gesetzlicher Vormund erhält.

(1) Not. ad Inst. p. 74. ad Pand. p. 247.
(2) Diss. de diff. I. R. et G. in tutelis testam. et legit. diff. 12. lit. tt. In opusc. miscell. tom. 2. p. 1107. Idem in diss. de differ. I. R. et Germ. in tutela Atiliana diff. 2. in opusc. pag. 1166.
(3) *Pufendorf* tom. 1. obs. 50.
(4) *Ayrer* diss. de differentiis iuris romani et Lubecensis in confirmandis tutoribus §. 13. sqq. Doch sehe man auch *Kortholt* diss. de differentiis iuris romani et Heilbronnensis in tutel. §. 11. sqq.

§. 186. Uebergang zum folgenden Titel.

Das Agnationsrecht gieng durch die Capitis Deminution verlohren; diese

machte daher auch nach altem Römischen Recht der gesetzlichen Tutel ein Ende. Wenn nemlich ein Agnat gesetzlicher Vormund war, und Capitis Deminution erlitt: so hörte seine Vormundschaft auf, und dieß ist die Ursache, warum die Verfertiger der Institutionen hier die Lehre von der Capitis Deminution einschieben.

TIT. XVI.

DE CAPITIS DEMINUTIONE.

§. 187. Was ist capitis demunitio?

Caput heißt bey den Römern unter andern der bürgerliche Zustand (status civilis); das heißt der Zustand der Freyheit, des Bürgerrechts und der Familie. Caput liberum heißt ein Mensch, der sein eigner Herr ist. Capite census einer, der nicht so viel Vermögen hat, daß es der Mühe werth wäre, es in die öffentliche Volkslisten oder Schatzungstafeln (tabulas censuales) zu bringen, dessen Namen also allein, ohne Vermögen, in diese Tabellen eingetragen wird. Die Sklaven hießen capite destituti; denn sie hatten keinen bürgerlichen Zustand; poena capitalis bedeutet nicht blos eine Lebensstrafe, sondern auch die Beraubung der Freyheit oder des Bürgerrechts; iudicium capitale heißt nicht blos ein Proceß, der auf Leib und Leben geht, sondern auch einer, bey dem Freyheit oder Bürgerrecht auf dem Spiele steht. *Capitis deminutio* ist also ein Verlust des bürgerlichen Zustandes. Diese Definition halte ich für richtiger, als die legalische: capitis deminutio est status prioris mutatio. Denn nicht jede Veränderung des bürgerlichen Zustandes ist eine capitis deminutio. Z. E. wenn der Vater stirbt: so leidet der Sohn eine Veränderung seines Zustandes, aber keine Capitis Deminution (*1).

(1) *Wiesand* opusc. p. 16. sqq.

§. 188. Eintheilung derselben.

Sie ist dreyerley, die größte, mittlere und geringste. Die größte besteht in dem Verlust der Freyheit, die mittlere in dem Verlust des Bürgerrechts, und die geringste in dem Verlust der Familienrechte, wenn jemand aufhört, ein Mitglied einer Familie zu seyn, und die davon abhängende Rechte verliert. Die größte oder mittlere Capitis Deminution wird ein bürgerlicher Todt genennt, weil einer, der sie leidet, aufhört, eine Person im Staate zu seyn.

§. 189.

§. 189. Von der größten Capitis Deminution.

Die größte Capitis Deminution leiden also die, welche in die Sklaverey fallen. Dies konnte bey den Römern geschehen a) durch die Kriegsgefangenschaft; b) wenn sich einer, um den Käufer zu betrügen, als Sklaven verkaufen ließ; c) wenn sich ein Freygelassener undankbar gegen seinen Patron bezeigte; d) wenn einer ein Verbrechen begieng, worauf die Todtesstrafe stand. Oben im 68ten §. ist dieß weiter erklärt.

§. 190. Von der mittlern.

Die mittlere Capitis Deminution leiden 1) die, welche ins Exilium geschickt wurden, das ist, mit Verlust ihres Bürgerrechts das Römische Gebiet meiden mußten. Von Augusts Zeiten an brachte man viele Exilirten auf gewisse Inseln, sie hießen daher *deportati* (*1). 2) Die transfugae, oder Bürger, welche aus feindseligen, verrätherischen Absichten ihr Vaterland verließen. 3) Bürger, welche für Feinde des Staates erklärt wurden. Hingegen die bloße Relegation war keine Capitis Deminution. Ein relegatus verlohr das Recht, sich in Rom oder in einer gewissen Provinz aufzuhalten, er behielt aber sein Bürgerrecht. Wer übrigens das Bürgerrecht verlohr, kam auch um sein Vermögen, denn es wurde confiscirt (*2).

(1) *Herm. Cannegieter* obs. iur. rom. lib. 1. cap. 8. 9.
(2) L. 1. D. de bon. damnat.

§. 191. Von der geringsten.

Endlich die geringste Capitis Deminution leidet einer, 1) der sich arrogiren läßt. Denn er hört auf, ein pater familias zu seyn, geht aus der Familie, zu der er vorher gehörte, und kommt in eine andere, in des Arrogators seine. Aber auch 2) wenn sich mein Vater arrogiren läßt: so leide ich eine Capitis Deminution. Denn ich gehöre nun auch nicht mehr zu der Familie, deren Mitglied ich zuvor war, und habe also in ihr die Familienrechte nicht mehr. 3) Die Adoptirten leiden eine Capitis Deminution, und zwar nach altem Römischen Recht ohne Unterschied, nach Justinianeischen Gesetzen aber nur die vollkommen adoptirte. 4) Die Legitimirte; denn sie hören auf sui iuris zu seyn. 5) Die Emancipirte, da sie ebenfalls Familienrechte, das ius agnationis und sui heredis verlieren.

Es fragt sich nur: a) gilt dieses blos bey der alten Emancipation, und fällt es bey der Anastasianischen und Justinianeischen weg? b) Kann man nach dem neuesten Römischen Recht, nach dem Recht der Novellen die Emancipation noch als eine Capitis Deminution betrachten? Die erste Frage wird von verschiedenen (*1) bejahet. Aber andere (*2) behaupten mit Recht das Gegentheil, daß nemlich auch die Anastasianische und Justinianeische Eman-

cipation eine Capitis Deminution involvirt habe. Denn wer durch eine dieser Emancipationsarten aus der väterlichen Gewalt gieng, verlohr die Familienrechte, und wurde als ein extraneus angesehen. Die zweyte Frage ist ebenfalls streitig. Unser Autor sagt mit andern: nach dem Recht der Novellen verlieren die Emancipirte keine Familienrechte mehr, also leiden sie auch keine Capitis Deminution. Aber dieß folgt nicht; die Emancipirte verlieren doch das ius sui heredis; (§. 538.) und wenn sie im Testament des Vaters übergangen werden: so können sie es nicht als null impugniren; (§. 529.) sie leiden also allerdings noch eine Art von Capitis Deminution (*3).

(1) *Huber* digress. lib. 3. cap. 6. §. 3. sqq. *Franzk.* Exercit. 3. Qu. 3.
(2) *Vinn.* in commentar. h. t. §. 3. *Boehmer* diss. de statu liberorum sui iuris factor. cap. 1. §. 13. sqq. Ex. ad Pand. tom. 1. pag. 924. sqq.
(3) *Cocceii* in iur. controv. tit. de capite minut. Qu. 2. *Schulting* ad tit. Pand. de adopt. §. 19. *Heimburg* diss. difficillima emancipat. capita, §. 37. *Franc. Car. Conradi* de minima cap. deminut. in parergis lib. 2. p. 193.

§. 192. Deutsches Recht.

Die größte Capitis Deminution fällt bey uns weg. Denn ob wir gleich Sklaven haben, die aus andern Welttheilen zu uns gebracht werden: so giebt es doch keinen Fall, wo ein freyer Mensch bey uns zum Sklaven würde. Gesetzt auch, jemand fiel in die türkische, oder algierische Sklaverey: so sehen wir doch diese Sklaverey nicht für rechtmässig, und ihn nicht als einen Sklaven an. Eine Art von mittlerer Capitis Deminution aber haben wir noch. Dahin gehört 1) die Reichsacht, proscriptio, bannum imperii. Durch sie wird ein abwesender Verbrecher aller seiner Rechte, die er als Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft hatte, seiner Ehren, Aemter, Güter, Lehen, und des Schutzes für seine Person verlustig erklärt. Indessen ist sie härter, als die Capitis Deminution; denn ein solcher Geächteter ist vogelfrey; denn jedermann kann ihn ungestraft tödten; diese Folge hatte die mittlere Capitis Deminution bey den Römern nicht. Eine Aehnlichkeit mit der mittleren Capitis Deminution hat auch 2) die Landesverweisung durch Staupenschlag, und 3) die Verurtheilung auf die Galeeren, wenn sie mit Confiscation des Vermögens verbunden sind. Doch gehen sie auch von der Römischen mittlern Capitis Deminution in ihren Wirkungen ab, weil die Fremden heutigestages mehr Rechte haben, als bey den Römern; (§. 91.) folglich die Beraubung des Bürgerrechtes weniger schädlich ist. Die geringste Capitis Deminution findet bey uns noch völlig so, wie im neuern Römischen Recht, statt.

TIT. XVII.

DE LEGITIMA PATRONORUM TUTELA.

§. 193. Was ist die gesetzliche Vormundschaft der Patronen?

Wenn ich einen Sklaven frey lasse: so heisse ich sein **Patron.** War dieser Sklav noch unmündig: so mußte ich über ihn die Vormundschaft übernehmen, und diese hieß *legitima patronorum tutela.*

TIT. XVIII.

DE LEGITIMA PARENTUM TUTELA.

§. 194. Was ist die gesetzliche Vormundschaft der Eltern?

Wer ein unmündiges Kind oder Enkel emancipiret, muß die Vormundschaft über es führen. Denn er wurde nach dem alten Römischen Recht als Patron, und das Kind oder Enkel als Freygelassener angesehen. Dieß ist die *legitima parentum tutela.*

Also der Vater und Großvater führten diese Tutel nicht als nächste Agnaten; denn das ius agnationis gieng durch die Emancipation verlohren, sondern als Patronen. Nachdem Justinian aber den Cognaten auch ein Erbrecht gegeben, und verordnet hat, daß die Emancipation das Erbrecht nicht aufheben soll: so wird der Vater und Großvater Vormund über das emancipirte Kind als nächster Verwandter.

§. 195. Heutiger Gebrauch.

Heutigestages wird sich der Fall schwerlich zutragen, daß ein Vater sein unmündiges Kind emancipirt. Gesetzt aber, daß er sich zutrüge: so würde der Vater so gut, wie bey den Römern Vormund über das Kind werden (*[1]).

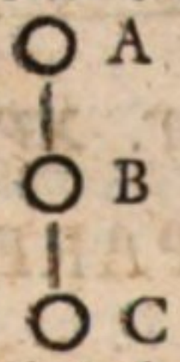
(1) *Stryk* uf. mod. Pand. tit. de legit. tut. §. 3.

TIT. XIX.

DE FIDUCIARIA TUTELA.

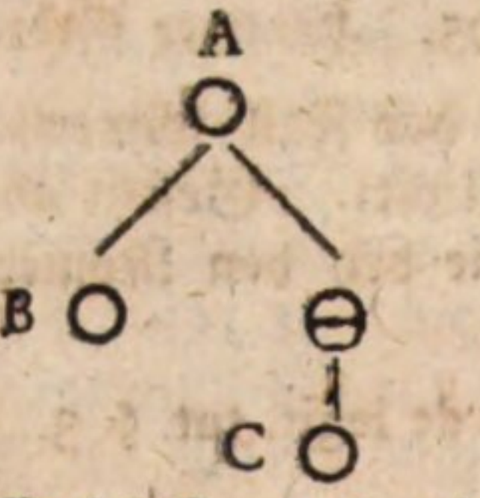
§. 196. Erklärung der fiduciarischen Tutel.

Wenn der Vater oder Großvater die Tutel über seine emancipirte unmündige Kinder oder Enkel geführt hat, aber vor deren Beendigung gestorben ist: so müssen seine großjährige Söhne sie fortsetzen, und darin besteht die *fiduciaria tutela*. Sie kann also 1) vom Vater, 2) vom Bruder und 3) vom Oheim geführt werden. Vom Vater; man denke sich diesen Fall:



A hat seinen Sohn B in seiner Gewalt behalten, seinen Enkel C aber emancipirt, und die Vormundschaft über ihn geführt. Ehe der Enkel mündig wird, stirbt der Großvater. Jetzt muß B über seinen Sohn C die fiduciarische Tutel übernehmen. Vom Bruder.

A hat 2 Söhne B und C; der letzte ist unmündig. A emancipirt den unmündigen Sohn, und wird sein Vormund, stirbt aber vor geendigter Tutel. Hier übernimmt der Bruder B, wenn er anders majorenn ist, die fiduciarische Vormundschaft. Endlich vom Oheim.



A emancipirt den unmündigen Enkel C, und wird Vormund über ihn, geht aber während der Vormundschaft mit Todt ab. In diesem Fall wird der Oheim des Unmündigen, der B, fiduciarischer Tutor. Nach dem neuen Römischen Recht bekommen zwar der Vater, Bruder und Oheim in den angeführ-

führten Fällen die Vormundschaft, aber nicht als Söhne des emancipirenden Vaters und Patrons, sondern als die nächste Verwandte; und so ist es auch heutigestages, wiewohl sich der Fall, daß jemand ein unmündiges Kind emancipirt, schwerlich ereignen wird, wie ich schon bey dem vorigen Titel bemerkt habe.

TIT. XX.

DE ATTILIANO TUTORE ET EO, QUI EX LEGE IULIA ET TITIA DATUR.

§. 197. Erklärung der Dativ-Tutel.

Die Tutel ist entweder testamentarische, oder gesetzliche, oder dative, das heißt, von der Obrigkeit bestellte. Von der letzten wird im gegenwärtigen Titel gehandelt. Sie ist die Tutel, welche da, wo die beyden andern wegfallen, von einem dazu durch die Gesetze besonders autorisirten Magistratus auf die gehörige Weise bestellt wird.

§. 198. Welche Obrigkeiten konnten Vormünder geben?

Also nicht alle, sondern nur die Magistratspersonen konnten einen Vormund geben, welche von den Gesetzen dazu berechtigt worden waren. Dergleichen waren, vermöge des Attilischen Gesetzes, in Rom der Prätor Urbanus. Doch konnte er es nicht für sich thun, sondern mußte die Volkstribunen dazu ziehen. In den Provinzen war es, vermöge der legis Iuliae et Titiae, der Präses oder Gouverneur. In den neuern Zeiten haben noch mehrere Obrigkeiten das Recht Vormünder zu bestellen, erhalten, welche in dem 3. 4. und 5. §. des Justinianeischen Textes beschrieben werden, die ich aber übergehe, weil die Sache blos historisch und antiquarisch ist (*²).

(1) *Arntzenii* miscellan. cap. 12.
(2) *Marche* diss. de tutoribus ex lege Iul. et Titia datis, Lipsi. 1736. in *Fellenberg* iurispr. antiq. tom. 2. num. 19. *Reiz* excurs. XII. ad Theoph.

§. 199. In welchen Fällen tritt die Dativ-Tutel ein?

Die Dativ-Tutel ist blos subsidiarisch. Sie hat also nur statt 1) wenn gar kein testamentarischer oder gesetzlicher Vormund vorhanden ist; 2) wenn der testamentarische Vormund oder nächste tutor legitimus wegen eines Hindernisses die Tutel nicht sogleich antreten kann; (§. 179.) 3) wenn der testamentarische Vormund durch Mitwirkung der Obrigkeit wegfällt, das heißt, sich excusirt oder removirt wird.

§. 200. Wie bestellt die Obrigkeit den Vormund?

Der Magistratus muß den Dativ-Tutor auf die in den Gesetzen vorgeschriebene Weise bestellen. Er kann daher 1) keinen Vormund so ernennen, daß er erst nach einer gewissen Zeit sein Amt antreten sollte; (ex die), oder, daß er 2) nur eine gewisse Zeitlang Vormund seyn sollte; (in diem) den Fall ausgenommen, wenn der testamentarische oder gesetzliche Vormund verhindert wurde, sogleich sein Amt anzutreten. Denn in diesem Fall konnte der Magistratus einen Vormund geben, der so lange, bis das Hinderniß wegfiel, die Tutel führte. 3) Die Obrigkeit kann auch keinen Vormund unter einer Bedingung geben; ausgenommen, wenn der Vater im Testament einen Vormund bedingter Weise bestellt hat, und man noch nicht weiß, ob diese Bedingung zur Erfüllung kommen wird. Denn in diesem Fall bestellt der Richter einsweilen einen andern, der also nur bis zur Erfüllung jener Bedingung, und folglich wirklich auch bedingter Weise (sub conditione resolutiva) bestellt ist.

Der Grund dieser Regeln ist nach der gemeinen Meynung der, daß die tutoris datio ein *actus legitimus*, eine feyerliche Handlung gewesen sey, dergleichen Handlungen aber die Beyfügung einer Zeit und Bedingung nicht vertrügen. Nun will ich zwar nicht leugnen, daß ein Römischer Tutor von dem Magistratus mit gewissen Feyerlichkeiten bestellt worden ist. Aber das halte ich für falsch, daß dieser Feyerlichkeit wegen ein Tutor nicht von einer gewissen Zeit an, auf eine Zeit und unter einer Bedingung, habe bestellt werden können. Denn der Satz: eine feyerliche Handlung leidet keine Zeit und Bedingung, ist ohne Grund. Man s. die am Ende des Buches angehängte Abhandlung von den legis actionibus und actibus legitimis, §. 8. 9. Die Ursache jener Regeln liegt vielmehr in dem Wesen der Tutel. Eine Vormundschaft, wenn sie beträchtlich ist, erfordert Kenntnisse, die man sich erst durch Erfahrung erwirbt, und zwar nicht allein allgemeine ökonomische Kenntnisse, sondern auch oft besondere, die sich auf das Vermögen dieses Pupillen beziehen. Ein neuer Vormund muß, und zwar oft mit dem Schaden des Pupillen, lernen, was der vorige schon wußte. Daher muß die Obrigkeit Veränderungen mit der Person des Vormundes vermeiden, so lang die Noth dergleichen nicht erfordert. Es würde aber Veränderungen geben, wenn man einen Vormund in diem, ex die, oder unter einer Bedingung bestellen wollte. Bey den Römern trat noch hinzu, daß die Jurisdictionsbezirke ihrer Magistratspersonen sehr weitläuftig waren, und ein Römischer Magistratus sich um das Vormundswesen und die einzelne Vormundschaften so genau nicht bekümmern konnte, als bey uns. Desto mehr Ursache hatte er, die Vormünder

so

so zu bestellen, daß sie ihr Amt behalten konnten und mußten, bis der Pupill mündig war.

§. 201. Deutsches Recht.

Heutigestages ist 1) das Recht, Vormünder zu bestellen, ein Ausfluß der ordentlichen Jurisdiction; das heißt, jeder, wer Jurisdiction hat, kann Vormünder bestellen; wenn nicht etwa in einem Land ein besonderes **Waysengericht**, oder **Vormundschaftsamt** bestellt ist. Cocceji (*1) leugnet zwar, daß die Vormundschaftsbestellung heutigestages eine Folge der Jurisdiction sey, aber ohne allen Grund. 2) Kann die Obrigkeit den testamentarischen und gesetzlichen Tutor, wenn er sich um die Bestätigung meldet, übergehen, und einen Dativ-Tutor bestellen. Nur müssen dazu wichtige Ursachen vorhanden seyn, sonst kann der verworfene testamentarische und gesetzliche Vormund im Wege Rechtens Klage führen. 3) Auch noch heutigestages wird die Obrigkeit keinen Vormund auf eine Zeit, nach einer Zeit, oder unter einer Bedingung bestellen; es wären dann dringende Ursachen vorhanden. Denn die Raison dieser Verordnung schlägt bey uns so gut als zu der Römer Zeiten an.

(1) Ius controv. lib. 26. tit. 5. Qu. 2.

TIT. XXI.

DE AUCTORITATE TUTORUM.

§. 202. Pflichten des Vormundes bey Uebernehmung seines Amtes.

Der Vormund hat Pflichten zu beobachten bey **Uebernehmung** der Vormundschaft, und Pflichten bey deren **Führung**. Bey der Uebernehmung muß er sich 1) beeidigen lassen. Die Nov. 72. cap. ult. schreibt dieses zwar nur bey den Curatoren der Minderjährigen vor: aber die Polizeyordnung vom Jahr 1548. und 1577. verordnen es auch bey den Tutoren. Dieser Eid gehet dahin: der Vormund wolle seinen Pflegkindern treulich und ehrlich vorstehen: die Güter nicht in seinen eigenen Nutzen verwenden, und ohne Vorwissen der Obrigkeit nicht veräussern, oder verpfänden; jährlich Rechnung ablegen; kurz, alles thun, was einem getreuen Vormund zukommt. An manchen Orten wird statt des Eides dem Vormund nur ein Handgelöbniß abgenommen. 2) Muß der Vormund **Caution leisten**, daß er gut haushalten, und dem Pflegbefohlnen sein Vermögen dereinst ungeschmälert zurückgeben wolle. Von dieser Cautionsleistung waren nach Römischem Recht die testamentarische Vormünder frey, desgleichen die, welche ein höherer Magi-

stratus, nach vorhergegangener Untersuchung ihrer Tüchtigkeit, gegeben hatte. Aber in Deutschland sollen nach den Polizeyordnungen alle Vormünder Caution leisten. Man sehe den 24. Titel dieses Buches. Ist die Beeidigung und Cautionsleistung geschehen: so bekommt der Vormund ein obrigkeitliches Zeugniß über seine Vormundsbestellung, tutorium. Nun muß er 3) ein Inventarium über das Vermögen des Pupillen errichten lassen, das heißt, ein Verzeichniß aller beweglichen und unbeweglichen Güter, Capitalien, Rechte, Passivschulden ꝛc. und zwar ein solches, das öffentliches Ansehen hat; das also entweder von einem gerichtlichen Actuarius, oder einem Notarius mit Zuziehung zweyer Zeugen errichtet ist (*1). Denn dieses ist die Grundlage der vormundschaftlichen Rechnungen; ohne Inventarium weiß man nicht, was der Vormund zur Einnahme zu bringen hat.

(1) Struben rechtl. Bed. 1. Th. 188. S.

§. 203. Vormundspflichten nach übernommener Tutel, in Ansehung des Pupillen Person.

Nach übernommener Vormundschaft muß der Vormund 1) für die Person des Pupillen sorgen; 2) dessen Vermögen gehörig verwalten. Die Sorge für die Person faßt zwey Stücke in sich: a) daß er dem Pupillen die nöthige Alimente, Essen, Trinken, Kleidung, Arzneymittel reiche; b) seine Sitten bilde, und ihn c) eine nützliche Profession, Kunst oder Wissenschaft lernen lasse.

§. 204. In Rücksicht auf das Vermögen.

Die Verwaltung des Vermögens besteht in dessen kluger Erhaltung, und wenn es möglich ist, Vermehrung. Um diese Zwecke zu erreichen, muß der Vormund 1) die Einkünfte des Pupillen fleißig eintreiben, und sorgen, daß der Pupill allen Nutzen von seinem Vermögen ziehe, der sich davon ziehen läßt. 2) Er muß die Processe des Pupillen führen; nemlich solche, worin dieser nicht offenbar Unrecht hat (*1). 3) Wo es nöthig oder nützlich ist, Güterstücke des Pupillen veräussern: doch darf er liegende Güter nur aus Noth, nicht des bloßen Nutzens wegen veräussern (*2); und diese Verordnung wird billig, wo sie nicht durch Provinzialgesetze aufgehoben ist, noch heutzutage befolgt (*3). 4) Soll er das Geld des Pupillen nicht müssig liegen lassen. Nach der Nov. 72. cap. 6. soll er nur so viel auslehnen, daß man den Pupillen von den Zinsen erhalten kann. Allein in Deutschland haben wir in diesem Stücke das ältere Römische Recht angenommen, vermöge dessen der Vormund alle entbehrliche Gelder auf Zinsen auslehnen soll. Thut er dieses nicht: so muß er selbst die Zinsen davon bezahlen. 5) Die ausstehende Schulden hat er einzutreiben. Unterläßt er es, und die Schuld-

ner

ner werden insolvent: so muß er dafür haften. 6) Die Passivschulden des Pupillen hingegen hat er zu bezahlen, und endlich 7) Rechnung abzulegen; nach dem Römischen Recht nicht eher, als nach geendigter Tutel, heutigestages aber alle Jahre.

(1) *Io. Georg Schlosser* diss. de officio tutorum et curatorum circa lites pupill. et minor. Altorf. 1762.

(2) L. 5. §. 14. D. de reb. eor. L. 12. C. de praed. et al. reb. minor. (V. 71.) *Cor. Frid. Weinhold* diss. de decreto in alienandis rebus minorum interponendo. (Lipsi. 1775.) §. 6.

(3) *Eyben* de decreto in alienandis minorum rebus necessario th. 24. in opusc. pag. 375. *Sande* de prohibita rerum alienatione, part. 1. cap. 1. §. 4. n. 63. in opp. pag. 9. et in decis. Fris. lib. 2. tit. 9. Def. 14. pag. 82. *Boehmer* consult. et decis. tom. 2. dec. 164. n. 5. *Leyser* sp. 344. Med. 1. Struve rechtl. Bed. 2. Band, Seite 387. „Der Mündlinge Güter, schreibt dieser letzte „Rechtsgelehrte, sind grossen Nachstellungen unterworfen, wenn sie unter dem „Vorwand eines erlangenden Nutzens verkauft werden könnten. Wie viele gewissenlose oder doch nachlässige Vormünder giebt es nicht. Die höhere Collegia sehen gemeiniglich mit fremden Augen, und müssen glauben, was ihnen „die Vormünder, Anverwandte und Unterobrigkeiten sagen. Das arbitrium iudicis ist eine mißliche Sache, und was mancher dem Unmündigen heilsam zu „seyn glaubt, ist ihm in der That schädlich." Im Hessen-Darmstädtischen ist die Veräusserung auch der Nützlichkeit wegen erlaubt. Verordnung vom 1. Febr. 1630.

§. 305. Doppelte Art, die Vormundspflichten zu erfüllen.

Der Vormund übt sein Amt entweder unmittelbar aus, wenn er in eigner Person thut, was zum Nutzen des Pupillen geschehen muß; oder mittelbar, wenn er den Pupillen handeln läßt, und dessen Handlungen durch seine Einwilligung bestätigt. So lange der Pupill noch ein Kind, das heißt, noch nicht sieben Jahre alt war, that der Vormund alles selbst. Wenn aber der Pflegbefohlne über die Jahre der Kindheit hinaus war: so ließ ihn der Vormund mehrentheils Geschäfte von Wichtigkeit schließen, und ertheilte seine Einwilligung dazu. Durch diese Einwilligung ersetzte der Vormund den Mangel der Ueberlegung und Einsicht, (lubricum aetatis) welche bey dem Pflegbefohlenen wegen seiner Jugend statt fand. Nach dem alten Römischen Recht konnte man in dem Fall, wenn man mit dem Vormund allein contrahirt hatte, keine Klage gegen den Pupillen anstellen. Daher war es rathsamer mit dem Pupillen selbst zu handeln. Allein nach den neuen Gesetzen kann ich den Pupillen aus einem mit dem Vormund geschlossenen Contract actione utili belangen (*[1]).

(1) L. 2. quando ex fact. tut.

§. 206. Was ist die auctoritas tutoris?

Die Einwilligung des Vormundes (auctoritas tutoris) war also die Handlung, wodurch der Vormund ein Geschäft, das der Pupill nach zurückgelegten Kinderjahren unternahm, und wodurch demselben eine Verbindlichkeit aufgelegt wurde, bestätigte. Unser Autor glaubt, diese Einwilligung sey bey den Römern eine feyerliche Handlung gewesen, und dieses haben schon vor ihm Hottomann (*1), Peter Faber (*2), Sande (*3), und andere behauptet. Aber Cuiaz (*4) leugnet es, und mir dünkt nicht ohne Grund. Denn die auctoritas tutoris wird in keinem Gesetz unter die feyerliche Handlungen gerechnet, und die ganze Hypothese ist, wie ich im folgenden §. zeigen will, unnöthig und unnütz.

(1) *Hottom.* quaest. illustr. 34. pag. m. 271. et 296.
(2) *Faber* semestr. lib. 2. cap. 24. pag. 369.
(3) *Sande* ad leg. 77. de reg. iur. in opusc. pag. 63.
(4) *Cuiac.* obs. lib. 15. cap. 16.

§. 207. Fortsetzung.

Die auctoritas tutoris mußte 1) sogleich nach der Schließung des Geschäftes interponirt werden. Denn wenn der Tutor Anstand dabey findet: so bleibt das Geschäft in den Grenzen bloßer Tractaten stehen, und wenn der Tutor erst nach Monaten oder Jahren einwilliget: so kann der andere Contrahent mit Recht einwenden, er habe sich seitdem anders besonnen: wäre der Vormund mit dem Handel zufrieden gewesen: so hätte er es in Zeiten sagen sollen. Nimmt indessen der andere Contrahent die nach einiger Zeit erst ertheilte Einwilligung des Vormundes an: so ist ohne Zweifel der Handel gültig. Der Tutor muß 2) gegenwärtig seyn, und darf seine Einwilligung nicht durch einen Brief oder Bothen ertheilen; denn auf diese Art kann er alles mit eigenen Augen sehen, und besser versichert seyn, daß der Pupill nicht vervortheilt worden ist. 3) Muß er die Einwilligung ohne Bedingung geben. Denn wenn der Pupill das Geschäft unbedingt geschlossen hat: so williget der andere Contrahent in keine Bedingung. Wenn also der Tutor seine Autorität nicht anderst, als unter einer Bedingung interponiren will: so ist er und der andere Contrahent verschiedener Meynung; es kann also natürlicher Weise das Geschäft nicht zu Stande kommen. Hat der Pupill unter einer Bedingung contrahirt, und der Vormund williget unter dieser Bedingung ein, oder der Contrahent läßt sich die vom Vormund erst nachher beygefügte Bedingung gefallen: so hat die Sache keinen Anstand, und das Geschäft ist gültig. Hieraus siehet man, daß die Verordnungen des Römischen Rechts, auctoritas tutoris interponi debet statim, pure, a tutore praesente

sente in der Sache selbst ihren Grund haben, und sich gar wohl erklären lassen, wenn man auch nicht annimmt, daß die auctoritas tutoris eine feyerliche Handlung gewesen sey. Und gesetzt, sie wäre dergleichen gewesen: so folgt doch nicht daraus, was man daraus schließen will. Denn es ist noch gar nicht erwiesen, daß alle feyerliche Handlungen unbedingt, und in eigner Person geschehen mußten (*1).

(1) Man s. die dem Buch angehängte Abhandlung von den legis actionibus, §. 8. 9.

§. 208. In welchen Fällen ist sie nöthig?

Die Auctorität des Vormundes ist nöthig, wenn der Pupill ein Geschäft unternehmen will, wodurch ihm eine Verbindlichkeit auferlegt wird. Denn die Regel ist: ein Pupill kann andern eine Verbindlichkeit auflegen, ohne daß der Tutor um seine Einwilligung gefragt wird; aber sich selbst kann der Pupill nicht verbindlich machen ohne des Vormundes Auctorität.

§. 209. Fortsetzung.

Ein Pupill kann daher ohne des Vormunds Auctorität sich etwas versprechen lassen (stipulari), eine Schenkung annehmen; sich eine Schuld remittiren lassen, kurz, er kann etwas umsonst (titulo lucrativo) erwerben. Hingegen kann er nichts versprechen, verschenken, erlassen, übergeben, veräussern ohne des Vormundes Einwilligung. Auch keine Erbschaft kann er ohne dieselbe antreten. Denn wer eine Erbschaft antritt, ist verbunden alle Schulden zu bezahlen, wenn sie auch das Vermögen übersteigen.

Die Anmerkung sagt: es giebt Fälle, wo der Pupill auch ohne des Vormundes Einwilligung verbunden wird; wenn nemlich die Verbindlichkeit aus der Sache selbst (ex re) entsteht. Dahin gehört a) wenn sie aus einem Verbrechen, oder b) aus der Billigkeit erwächst, weil jemand das Beste des Pupillen befördert hat, und es daher billig ist, daß ihn der Pupill entschädige. Wenn mich also der Pupill bestohlen, mir meine Sachen verdorben hat u. dgl. so kann ich aus seinem Vermögen meine Schadensersetzung fordern; obgleich der Vormund in die unerlaubte Handlung des Pupillen nicht gewilliget hat. Desgleichen wenn jemand während der Abwesenheit des Vormundes ohne dessen Auftrag sich des Pupillen angenommen, und dringende Auslagen für ihn gethan hätte: so würde der Pupill zur Entschädigung verbunden seyn. Oder wenn der Pupill ein Haus gemeinschaftlich mit einem Majorennen hätte, und dieser nöthige Reparaturen darinn machte: so würde der Pupill die Kosten zu seinem Antheil ersetzen müssen. 2) Wenn der Pupill ohne des Tutors Einwilligung einen Contract schließt: so hinkt derselbe, er hat einen lahmen und einen gesunden Fuß; auf der Seite des Pupillen ist er ungültig, auf des andern

dern Contrahenten Seite aber gültig; das heißt deutlich: wenn der Pupill den Contract halten will, weil es ihm vortheilhaft ist: so muß ihn auch der Gegentheil halten. Wenn aber der Pupill den Contract nicht halten will: so kann er dazu nicht gezwungen werden. S. die 8. Tabelle.

§. 210. Was ist Rechtens, wenn der Vormund eingewilliget hat?

Wie aber, wenn der Tutor in ein Geschäft des Pupillen eingewilliget hat? Jetzt ist der Pupill verbunden, und kann aus dem Geschäft belangt werden. Nur ist zu bemerken, 1) daß der Pupill sich kann in integrum restituiren lassen, wenn er Schaden gelitten hat. Nemlich man nehme an, der Pupill hat mit des Vormundes Einwilligung, oder der Vormund allein hat im Namen des Pupillen ein Geschäft geschlossen. Nun zeigt sichs, daß es dem Pupillen schädlich ist. In diesem Fall kann der Pupill das Geschäft vom Richter umstossen, aufheben lassen, oder wie die Juristen reden, restitutionem in integrum dagegen suchen. 2) Wenn der Tutor etwas von den Gütern des Pupillen veräussern will: so ist nöthig, daß er es der Obrigkeit anzeige, daß diese die Sache untersuche, und die Veräusserung erlaube, ein *decretum alienandi*, wie es heißt, ertheile. Die Ausnahmen dieses Satzes werden im siebenden Titel des zweyten Buches vorkommen.

§. 211. Ungültigkeit der Geschäfte des Tutor mit dem Pupillen.

Der Tutor darf mit dem Pupillen keinen Handel schließen; der Tutor soll nur durch seine Einwilligung das, was dem Pupillen an Fähigkeit und Vorsicht abgeht, ersetzen; Tutor und Pupill werden daher als Eine Person angesehen, und niemand kann mit sich selbst einen Handel treffen. Dazu kommt, daß, wenn der Tutor mit dem Pupillen Verträge und Geschäfte schließen dürfte; der Pupill in der größten Gefahr wäre, vervortheilt zu werden, weil der Tutor wahrscheinlich mehr auf seinen, als auf des Pupillen Nutzen sehen würde.

§. 212. Fortsetzung.

Der Vormund darf also dem Pupillen nichts abkaufen. Diese Handlung ist in den Gesetzen streng verboten. Der Vormund muß die gekaufte Sache unentgeltlich wieder herausgeben, und noch dazu den vierfachen Werth bezahlen (*1). Wenn der Kauf gelten soll: so muß er geschehen 1) öffentlich; denn geschieht er heimlich, z. E. der Vormund stellt mich an, daß ich in meinem Namen, aber für ihn kaufen muß: so ist schon die Absicht einer Vervortheilung zu vermuthen; 2) *bona fide*, das ist, auf solche Weise, daß der Pupill nicht leicht dabey vervortheilt werden kann. Der Vormund muß also entweder in einer öffentlichen Versteigerung, oder mit Vorwissen und Einwilligung

willigung der Mitvormünder, oder der nächsten Verwandten, oder der Obrigkeit kaufen. Auch wenn ein Dritter die Sache schon gekauft hat, aber den Kaufschilling nicht bezahlen kann: so darf der Vormund die Sache für denselben Preis behalten. Kauft der Vormund nicht öffentlich oder nicht bona fide dem Pflegbefohlnen etwas ab: so muß er die Sache wieder herausgeben, und noch dazu den vierfachen Werth erlegen; wiewohl das letztere heutzutage nicht beobachtet wird. (§. 1127.) Ist der Kauf auch gleich auf die gehörige Art geschlossen worden, der Vormund hat aber zu wohlfeil gekauft: so kann ihn der Pflegbefohlne actione tutelae belangen (*1). 2) Wenn der Tutor mit dem Pupillen in Proceß geräth: so wird zur Führung desselben dem Pupillen ein Beystand gegeben, welcher *curator in litem* heißt.

Die Anmerkung sagt: der Fall, daß der Pupill während der Vormundschaft mit dem Tutor Proceß führt, ist selten. Denn wenn ich zum Vormund über einen Unmündigen bestellt werde, an welchen ich eine Forderung habe, oder welcher eine an mich hat: so muß ich dieselbe der Obrigkeit anzeigen, damit die Sache untersucht und ins Reine gebracht werde. Ist dieß nicht ohne grosse Weitläuftigkeit zu bewerkstelligen: so wird ein anderer Vormund bestellt. (§. 245.) Unterlasse ich, diese Anzeige zu thun, und bin ein Glaubiger: so verliere ich meine Forderung; hingegen, wenn ich Schuldner bin, meine Exceptionen, die ich gegen die Schuld hätte anführen können. Einige Rechtsgelehrte wollen bey dem testamentarischen Tutor, andere auch bey dem gesetzlichen, noch andere bey dem dativen eine Ausnahme machen, aber ohne Grund (*2).

(1) Die hieher gehörige Gesetze sind L. 34. §. 7. L. 46. de contrah. emt. L. 5. et 6. de auctorit. tut. L. 56. de administrat. tut. L. 2. §. 8. pro emt. L. 5. C. de contrah. emt. (IV. 38). *Bardili* diss. de auctorit. tut. §. 26. sqq.

(2) *Lauterbach* coll. th. pr. tit. de tutel. §. 18. sqq. Strube rechtl. Bed. 2. Band, S. 470. 5. Band, S. 14.

§. 213. Deutsches Recht.

1) Heutigestages muß ein testamentarischer und gesetzlicher Vormund vor allen Dingen um die obrigkeitliche Bestätigung bitten. Wenn er diese erlangt hat, eher aber nicht, darf er sich der Administration unterziehen, ausser in Sachen, die keinen Aufschub leiden. 2) Die Einwilligung des Vormundes ist bey uns keine feyerliche Handlung, gesetzt auch, daß sie es bey den Römern gewesen wäre. Daß aber deswegen die Verordnung des Römischen Rechtes: auctoritas tutoris interponenda est statim, pure, a tutore praesente heutigestages wegfalle, glaube ich nicht. Denn ich glaube nicht, daß sie aus dem Begriff einer feyerlichen Handlung geflossen ist (*1). Indessen wird die Frage selten vorkommen. Denn 3) der Unterschied zwischen einem Pupillen, der noch ein Kind ist, und dem, welcher die Kinderjahre zurückgelegt

hat, wird in Deutschland selten beobachtet. Unsere Vormünder verrichten alle vormundschaftliche Geschäfte selbst, und nehmen den Pupillen, wenn er gleich kein Kind mehr ist, fast nie dazu. Dies thun auch die curatores der Minderjährigen. Sie ziehen den Minderjährigen alsdann nur zu den Geschäften, wenn er der Großjährigkeit nahe ist, und die Curatoren wünschen, daß er von den Geschäften und dem Zustand seines Vermögens Kenntniß bekomme.

(1) Man s. *Lauterbach* coll. th. pr. lib. 26. tit. 8. §. 8. und Cramers N. St. 73. Th. 160. Seite.

TIT. XXII.

QUIBUS MODIS TUTELA FINITUR.

§. 214. Allgemeiner Grundsatz in dieser Lehre.

Der Endzweck der Tutel ist, daß der Pupill erzogen, und sein Vermögen ordentlich verwaltet werde. Sobald also diese Erziehung und Administration unmöglich, oder unnöthig wird: so hört die Tutel auf.

§. 215. Folgen daraus.

Sie hört also 1) auf, wenn der Vormund oder der Pupill stirbt. Aber können die Erben des verstorbenen Vormundes die Tutel nicht fortsetzen? Nein: denn der Vater und die Obrigkeit, wenn sie einen Vormund ernennen, sehen auf seine persönliche Eigenschaften, und geben ihm um deren willen die Vormundschaft. Diese aber gehen nicht auf die Erben über. Auch die Gesetze, welche den nächsten Verwandten die Vormundschaft übertragen, glauben, daß er aus Liebe zum Pupillen sie am besten führen werde, und als Erbe desselben vorzüglich zur Uebernahme dieser Last verbunden sey. Beyde Gründe passen aber nicht auf den Erben des gesetzlichen Tutors. Sind diese Erben ebenfalls Verwandte des Pupillen, und jetzt die nächste Verwandte: so kommen sie zur Tutel, aber nicht als Erben des verstorbenen Vormundes, sondern als die nächste Verwandte.

§. 216. Fortsetzung.

Die Tutel hört 2) auf, wenn der Pupill irgend eine, der Vormund aber die größte oder mittlere Capitis Deminution leidet. Denn wenn der Pupill die Freyheit verlieret, ins Exilium geschickt wird, oder in die väterliche Gewalt kommt: so bedarf er keines Vormundes mehr. Und wenn der Vormund Freyheit oder Bürgerrecht verliert: so kann er die Vormundschaft nicht

mehr

mehr führen. Die geringste Capitis Deminution des Vormundes hingegen macht der Tutel kein Ende. Denn wenn der Tutor diese leidet: so kommt er entweder in die väterliche Gewalt, oder wird emancipirt. Weder das eine aber, noch das andere macht ihn unfähig, die Tutel fortzuführen.

§. 217. Fortsetzung.

Der dritte Umstand, wodurch die Tutel geendigt wird, ist die **Mündigkeit des Pflegbefohlnen.** In diesem Fall sagen die Juristen: *pupillus in tutelam suam venit.* Vormals wurde zwischen den verschiedenen juristischen Secten, zwischen den Proculejanern und Cassianern gestritten: ob man die Mündigkeit aus den Jahren, oder aus der Beschaffenheit des Körpers beurtheilen sollte? Die Proculejaner wollten auf die Jahre, die Cassianer aber auf den Körper, auf die Fähigkeit, das Geschlecht fortzupflanzen, Rücksicht genommen haben. Sie verlangten daher, daß man die Geburtstheile besichtigen sollte, wenn man wissen wollte, ob ein Mensch mannbar oder mündig sey (* 1). Priscus, wie Ulpian (* 2) sagt, (man weiß nicht, ob Neratius Priscus oder Javolenus Priscus) behauptete, man müsse beydes zugleich in Betrachtung ziehen. Justinian billigte die Lehre der Proculejaner und setzte fest, daß eine Mannsperson im 14ten, eine Weibsperson aber im 12ten Jahre mündig werden sollte. Doch giebt es Fälle, wo zur Mündigkeit 18 Jahre bey den Mannspersonen, und 14 bey den Weibspersonen erforderlich sind. Dahin gehört 1) wenn jemand adoptiren will. (§. 146.) 2) Wenn einem die Alimente bis zur erlangten Mündigkeit vermacht sind. Denn in diesem Fall bekommt sie eine Mannsperson, bis sie das 18te, eine Weibsperson, bis sie das 14te Jahr zurückgelegt hat.

(1) *Bynkershoek* lib. 3. obs. 24. *Ianus Sylva* de Iustiniano et Triboniano, deque iis, quae ad finiendam pubertatem spectant. Ticin. 1782.
(2) Fragm. tit. 11. §. 28.

§. 218. Fortsetzung.

Ein testamentarischer Tutor kann auf gewisse Zeit, und bis zur Existenz einer gewissen Bedingung bestellt werden. Wenn dieß geschehen ist, und die bestimmte Zeit ist verflossen, oder die Bedingung existirt: so hat sein Amt ein Ende. Auch wenn die Obrigkeit einen Interimstutor gegeben hat: (§. 179.) so hört sein Amt auf, sobald der testamentarische das seinige antritt.

§. 219. Fortsetzung.

Ferner kann auch die Tutel durch die **Excusation** und **Remotion** des Vormundes ein Ende nehmen. Wir werden von jener im 25, von dieser im

26. Titel dieſes Buches Nachricht erhalten. Endlich die Tutel der Mutter und Großmutter hört auf, ſobald ſie zur zweyten Ehe ſchreiten. (§. 169.)

§. 220. Von der Rechnungsablage.

Der Vormund verwaltet des Pupillen Vermögen. Nun muß aber jeder Verwalter fremder Güter Rechnung ablegen, folglich auch der Vormund. Dieß geſchah bey den Römern nicht eher, als wenn die Tutel geendigt wurde. Kam der Vormund ſeiner Verbindlichkeit nicht nach, und legte gar keine Rechnung ab: ſo wurde *actio tutelae* angeſtellt. Wenn er hingegen unrichtige Rechnung ablegte, etwas von dem Vermögen des Pupillen unterſchlug, mehr in die Ausgabe, und weniger in die Einnahme brachte, als er ſollte: ſo wurde er *actione rationibus diſtrahendis* (nicht de rationibus diſtrahendis, wie man insgemein, aber irrig ſagt,) belangt, daß er die Rechnung berichtigen, und doppelt erſetzen ſollte, was er hatte unterſchlagen wollen (* [1].)

(1) Von dieſer Klage und inſonderheit ihrem Namen ſ. *Bynkershoek* obſ. lib. 6. cap. 8. *Voorda* electo. cap. 16. *Rygerbos* faſcic. obſ. iur. cap. 4. et. 5. *Püttmann* probabil. lib. 2. cap. 13. p. 102. Diſtrahere rationes heißt die Rechnungen unterſuchen, ſo wie Cicero (pro Caecina cap. 2.) ſagt: controverſias diſtrahere. Auch wenn die Obrigkeit die Rechnungen abgehört hat, und der Pupill eine Unrichtigkeit beweiſen will, wird er gehört. *Pufendorf* tom. 4. obſ. 98.

§. 221. Deutſches Recht.

Von dem heutigen Gebrauch dieſes Titels iſt zu bemerken: 1) die Vormundſchaft wird in Deutſchland durch die Mündigkeit nicht geendigt. Wenn der Pflegbefohlne mündig wird, trägt ſich keine Veränderung zu; der bisherige Vormund führt ſein Amt fort, nach wie vor bis in das 25te Jahr. (S. §. 230.) 2) Die Vormundsrechnung ſoll nach der Reichspolizeyordnung alle Jahr abgelegt werden. Nur in dem Falle, wenn das Vermögen ſehr gering iſt, läßt man, um die Koſten zu ſparen, die Rechnung einiger Jahre zuſammenkommen. 3) Legt der Vormund keine Rechnung ab: ſo hält ihn die Obrigkeit von Amtswegen dazu an, und es iſt keine actio tutelae nöthig. Iſt die Obrigkeit in Erfüllung ihrer Pflicht ſaumſelig: ſo können die Verwandte des Pflegbefohlnen Vorſtellung thun. 4) Die actio rationibus diſtrahendis kann nicht auf den doppelten Erſatz angeſtellt werden §. 1127. (* [1]). Wenn indeſſen der Vormund betrüglich gehandelt hat: ſo kann ihn die Obrigkeit zur Strafe ziehen.

(1) *Boehmer* tract. de act. ſect. 2. cap. 6. §. 22. x. zweifelt an der Richtigkeit dieſes Satzes, da er doch vorher (ſect. 1. cap. 3. §. 11.) behauptet, alle Klagen auf das Doppelte fielen in Deutſchland weg.

TIT. XXIII.

DE CURATORIBUS.

§. 222. Was ist cura, curatio, procuratio?

Cura, curatio, curatela, procuratio im allgemeinen Verstande ist jede Besorgung fremder Geschäfte, jede Verwaltung fremder Güter. Sie ist zweyerley; entweder hat mir der Eigenthümer, der, welchen das Geschäft angehet, die Verwaltung und Besorgung übertragen, oder nicht; sondern ich bin vom Gesetzgeber, von der Obrigkeit dazu bestellt. Im ersten Fall ist eine *procuratio* im eigentlichen Verstande, im zweyten *cura*, *curatio*, *curatela* in engerer Bedeutung vorhanden. Diese letztere ist ein munus publicum so wie die Tutel. Sie ist entweder mit einer Aufsicht über eine Person verbunden, oder nicht. Jene heißt *cura mixta*, diese *cura realis*. Blose Realcuratelen sind die cura absentis, cura ventris, cura massae, und cura litis. Wenn nemlich jemand abwesend ist, man von seinem Aufenthalt keine Nachricht hat, und er Vermögen besitzt, das administrirt werden muß: so wird dazu ein Pfleger bestellt, welcher curator absentis heißt. Was curator ventris ist, wird unten §. 656. erklärt werden. Ein curator massae wird bestellt, wenn jemand in Concurs fällt, um das vorhandene Vermögen so lange zu verwalten, bis die Vertheilung unter die Gläubiger geschehen kann. Endlich ein curator litis oder in litem wird einem Pupillen gegeben, wenn er mit dem Vormund in Proceß geräth. (§. 212.) Die Curatel, welche mit einer Aufsicht über die Person verbunden ist, wird entweder auf Verlangen der Person bestellt, oder ohne und zuweilen gegen ihr Verlangen. Von der ersten Art ist die Curatel kranker, blinder, stupider und taubstummer Personen. Sie erhalten der Regel nach nur einen Curator, wenn sie darum bitten (* 1). Auch die Curatel der Minderjährigen gehört nach Römischem Recht hierher. Von der letzten Art hingegen ist die Curatel der Blödsinnigen, der Verschwender, heutigestages der Minderjährigen, und in Sachsen der Weibspersonen. S. die Tabelle 9. a.

Die Anmerkung zum §. sagt: die cura ist in Rücksicht auf ihr Fundament entweder die gesetzliche (legitima), oder von der Obrigkeit gegebene (dativa). Unter einer gesetzlichen Curatel standen die Blödsinnige und Verschwender, doch nur alsdann, wenn sie freygebohren und nicht emancipirt waren. Hingegen der dativen waren die Blödsinnige und die Verschwender unterworfen, wenn sie Freygelassene oder emancipirt waren. Die Ursache dieser Distinction wird sich im 223. und 224. §. zeigen. Auch alle übrige vorhin benennte Gattungen der Curatel sind dativ. Eine testamentarische Cu-

ratel kennt das Römische Recht nicht. Denn die Gesetze der 12 Tafeln erlauben dem Vater nur über die Tutel seiner Kinder zu disponiren, von Curatel sagen sie nichts. Wenn indessen der Vater den Kindern einen Curator ernennt hatte, und sie einen haben wollten: so wurde der vom Vater ernennte von der Obrigkeit bestätigt (* 2).

(1) *Lauterbach* coll. th. pr. tit. de curat. §. 20. *Io. Luttringhausen* diss. de administratoribus a iuvenibus sanae quidem mentis, sed vitio corporis laborantibus electis atque a iudice confirmatis, iure curatorum minorum non aestimandis (Marb. 1765.) §. 7. sqq.

(2) *Rotgersii* diatr. ad L. 6. de confirm. tutor. in *Eiusd.* apodict. demonstrationibus, lib. 2. p. 692. sqq.

§. 223. Curatel der Blödsinnigen.

Die erste Art von Curatelen, die wir zu betrachten haben, ist die Curatel der Wahnwitzigen und Blödsinnigen. Schon die Gesetze der 12 Tafeln sagen in der 5ten Tafel: si furiosus aut prodigus existat, ast si custos nec escit, (das heißt nach der richtigern Erklärung, si pubes est furiosus, ideoque tutor ei non est), agnatorum gentiliumque in eo pecuniave eius potestas esto. Man muß aber nicht glauben, wie die erste Anmerkung sagt, daß alle Blödsinnige ihre gesetzliche Curatoren gehabt hätten. Aus Ulpians Fragmenten (* 1) sieht man, daß nur die Freygebohrne und von ihrem Vater nicht emancipirte Blödsinnige dergleichen hatten. Die Ursache habe ich in dem angeführten Programm (* 2) gezeigt. Die Freygelassene hatten keine Agnaten, weil die Sklaven keine hatten; daher erbten auch die Freygelassenen einander nicht ab intestato. Da ferner die Emancipation das ius agnationis aufhob: so hatten die emancipirte Kinder auch keine Agnaten. Nach den Gesetzen der 12 Tafeln aber sollten auch die Agnaten die Curatoren des Blödsinnigen seyn. Daraus ist also klar, warum nur die Freygebohrne und nicht emancipirte Blödsinnige in den Gesetzen der 12 Tafeln gemeynt seyn konnten. Weil indessen andere Blödsinnige eben so sehr eines Curators bedurften: so gab ihnen der Prätor einen.

In der zweyten Anmerkung steht: nach dem alten Römischen Recht waren die Agnaten und Gentilen *ipso iure* die Curatoren des blödsinnigen Verwandten; es war keine obrigkeitliche Untersuchung und Bestellung nöthig. Weil aber zuweilen die Verwandten einen Menschen für blödsinnig ausgaben, der es doch nicht war, und sich widerrechtlich der Curatel über ihn anmaßten: so wurde verordnet, daß die Obrigkeit den Blödsinnigen einen Curator, nach vorhergegangener Untersuchung, geben sollte. Die gesetzliche Curatel der nächsten Verwandten also war aufgehoben. Wenn indessen diese zur Curatel tüchtig waren: so übergieng man sie nicht, sondern zog die Fremden vor.

(1) Bey

(1) Bey Schulting in iurispr. anteiuſtin. p. 605.
(2) Mein progr. de L. Laetoria et cura minorum §. 2. Ich muß bey dieſer Gelegenheit zwey Druckfehler in dieſem Programm anmerken, welche den Sinn verdunkeln. S. 3. §. 2. Zeile 1 iſt zu leſen: *prodigis* de curatore proſpexiſſe etc. und S. 20. muß es heiſſen: (1) furioſos ingenuos nec emancipatione ſui iuris factos, (2) *prodigos ingenuos nec emancipatos.* Praetor ergo etc.

§. 224. Curatel der Verſchwender.

Auch die Verſchwender ſollen nach den Geſetzen der 12 Tafeln einen Curator bekommen, ſobald ihnen der Prätor die eigene Verwaltung ihres Vermögens genommen hat, (bonis interdixit eis) wenn nemlich ein Menſch mit ſeinem Vermögen ſo übel wirthſchaftet, daß man voraus ſieht, er werde ſich an den Bettelſtab bringen: ſo iſt er nicht beſſer, als ein Wahnwitziger; die Obrigkeit iſt alſo ſchuldig, ihm die Adminiſtration des Vermögens zu nehmen, und ſie einem Curator zu übertragen (* 1). So wie aber nicht alle Blödſinnige nach den Geſetzen der 12 Tafeln Curatoren erhielten: ſo auch nicht alle Verſchwender. Nur die Freygebohrne, und nicht emancipirte erhielten dergleichen. Die Urſache iſt dieſelbe wie bey den Blödſinnigen. Die 12 Tafelngeſetze gaben den Agnaten die Curatel; Freygelaſſene und Emancipirte aber hatten keine Agnaten. Der Prätor trat alſo auch hier ins Mittel, und gab den freygelaſſenen und emancipirten Verſchwendern einen Curator.

(1) Was eigentlich erfordert wird, um einen Menſchen gerichtlich für einen Verſchwender zu erklären, unterſucht *Leyſer* ſp. 349. med. 1. 2.

§. 225. Curatel der Minderjährigen.

Die dritte geſetzliche Curatel treffen wir bey den Minderjährigen an. Das Látoriſche Geſetz, deſſen Autor und Alter ungewiß ſind, verordnet, daß man den ſtupiden und liederlichen Minderjährigen Curatoren geben ſolle. Wenn ein Minderjähriger raſend, oder von der Obrigkeit für einen Verſchwender erklärt war: ſo bekam er ſchon vor dem Látoriſchen Geſetze einen Curator, ſowohl wie ein majorenner Wahnwitziger oder Verſchwender. Aber wenn er nur ſtupid, das heißt, von einem ſehr ſtumpfen ſchwachen Verſtande war, oder leichtſinnig oder unordentlich in ſeiner Wirthſchaft, ohne doch ein förmlicher Verſchwender zu ſeyn: ſo bekam er nach dem Látoriſchen Geſetze einen Pfleger. Kayſer Marcus Antoninus änderte dieſes; indem er verordnete, daß jeder Minderjährige auf ſein Verlangen einen Curator bekommen ſollte (* 1). Vorher war es ſchimpflich einen Curator zu haben; denn man wurde dadurch in die Claſſe der ſtupiden oder liederlichen Jünglinge verſetzt. Dieſes ſchimpfliche nahm Antonin von der Curatel weg. Ein Jüngling konnte nun um einen Cu-

rator

rator bitten, ohne sich in den Verdacht eines schwachen Verstandes, oder einer schlechten Wirthschaft zu setzen.

(1) Ut omnes adulti curatores acciperent *non redditis causis*, wie Capitolinus am a. O. sagt. Wenn die Verwandte um einen Curator baten: so führten sie zur Ursache an, daß der Minderjährige von schwachem Verstande oder ein schlechter Haushalter sey. Erbat sich aber dieser selbst einen Curator: so hatte er nicht nöthig, eine dieser Ursachen von sich anzugeben. *Schroeder* obs. iur. civ. pag. 29.

§. 226. Die Minderjährige bekamen nur einen Curator, wenn sie wollten.

Also ein Minderjähriger bekam keinen Curator gegen seinen Willen, sondern nur alsdann, wenn er darum bat. Dieß ist wenigstens die richtigste Meynung. Verschiedene in der Note angeführte Juristen (* I) behaupten zwar das Gegentheil, und glauben, ein Minderjähriger habe müssen um einen Curator bitten. Sie gründen sich hauptsächlich auf *L.* 33. §. 1. *D. de administr. et peric. tut.* wo es heißt: officium tutorum curatoribus constitutis finem accipit; auf *L.* 5. §. 5. *D. eod.* wo Ulpian sagt: sacris constitutionibus is, qui tutelam administravit, iubetur, pupillum suum puberem factum admonere, ut sibi curatores petat, und auf *L.* 1. §. *ult. D. de minor.* wo gesagt wird: hodie in aetatem usque viginti quinque annorum adolescentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei suae administratio committi debebit, quamvis bene rem suam gerentibus. Allein alle diese Stellen beweisen nichts. Denn daß die Tutel aufhört, wenn ein Curator bestellt ist, beweißt nicht, daß der letzte nothwendig, auch gegen des Minderjährigen Willen, bestellt werden müsse. Der Tutor mußte freylich den Pupillen erinnern, daß er um einen Curator bat; weil dieser dem Tutor die Rechnung abnahm. Sobald aber, als dieses geschehen war, hatte sein Amt ein Ende, wofern ihn nicht der Minderjährige behalten wollte. *L.* 1. §. *ult. de minor.* redet nicht von curatoribus *constituendis*, sondern *constitutis*. Wenn der Minderjährige einmal einen Curator erbeten und bekommen hatte: so konnte er ihn nicht wieder abdanken, sondern mußte ihn bis zu erreichter Großjährigkeit behalten. Dagegen haben wir die deutlichste Stellen für unsere Meynung. *L.* 12. §. *ult. D. de tut. et curat. dat.* sagt: minoribus *desiderantibus* curatores dari solent. In der *L.* 43. §. 3. *D. de curator.* heißt es: is, qui curatorem praesenti petit, non aliter audietur nisi *adulto consentiente.* Und in der *Leg.* 3. *Cod. de in int. restit. minor.* (II. 22.) wird ein Unterschied gemacht, unter Minderjährigen, die einen Curator haben, und solchen, die keinen haben. Endlich §. 2. I. h. t sagt ausdrücklich: inviti adolescentes curatores non accipiunt. Nur einige Fälle waren ausgenommen, wo ein Minderjähriger einen Curator haben mußte. Nemlich 1) wenn er einen Proceß bekam. Denn ein Minderjähriger

ger konnte ohne Curator nicht vor Gericht erscheinen, und der Richter durfte gegen ihn keine Sentenz fällen, wenn er keinen Curator zum Beystand hatte. 2) Wenn ein Schuldner dem Minderjährigen etwas zu bezahlen hatte. Denn hat der Minderjährige ohne Curator die Zahlung angenommen, und das Erhaltene verschwendet: so muß der Schuldner noch einmal bezahlen. 3) Wenn der Tutor Rechnung ablegen will. Denn diese kann ihm der Minderjährige allein nicht abnehmen, er hat dazu den Beystand eines Curators nöthig. Indessen haben wahrscheinlich die meiste Minderjährigen um beständige Curatoren gebeten, weil sie sonst bey Verwaltung ihres Vermögens zu viel Hindernisse fanden, und zu oft genöthigt wurden, der ebengedachten Handlungen wegen die Obrigkeit anzugehen. Hatte nemlich der Minderjährige keinen beständigen Curator: so mußte er jedesmal sich einen speciellen, so oft er Proceß bekam, oder Geld einnehmen wollte, bestellen lassen. Atque haec inevitabilis difficultas, qua minores curatoribus destituti impliciti sunt, schreibt Huber (*²) in causa fuit, ut regimen curatorum in adolescentibus tamquam ordinarii iuris commemoretur.

(1) Ausser diesen auch *Schroeder* pag. 28.
(2) *Huber* auspic. domest. p. 77.

§. 227. Pflicht des Curators.

Ein Curator ist nicht wie der Tutor zur Erziehung und Aufsicht über eine Person, sondern zur Administration des Vermögens bestellt. Indessen bemerke man: 1) die Curatoren eines Blödsinnigen und Kranken sind von dieser Regel ausgenommen. Diese müssen für die Person ihres Curanden eben so besorgt seyn, als für die Verwaltung seines Vermögens. 2) Auch der Curator eines Minderjährigen darf sich der Sorge für die Person des Curanden nicht entschlagen. Folgen jener Regel sind: 1) der Curator interponirt nicht *auctoritatem*, sondern *consensum*; das heißt, die Einwilligung des Curators in eine Handlung des Curanden wird nicht auctoritatis interpositio, wie bey dem Tutor, sondern consensus genennt (*¹). Wichtiger und practisch ist 2) die Folge, wenn ein Mensch, welcher unter der Curatel stehet, etwas unternimmt, was blos seine Person angehet; so ist es gültig, auch ohne des Curators Einwilligung. Wenn nemlich die Frage entsteht: in wie weit ein Minderjähriger verpflichtet werde und einen andern verpflichten könne? so bemerke man: (Tab. IX. b.) a) ein Minderjähriger kann so gut wie der Pupill einen andern verpflichten, also eine Schenkung acceptiren, sich eine Schuld remittiren lassen ꝛc. b) Wenn die Verpflichtung eines Minderjährigen aus der Sache selbst entsteht: so ist sie gültig ohne des Curators Einwilligung. Was dieser Ausdruck sagen will, habe ich oben (§. 209.) erklärt. c) Ist hin-

gegen die Rede von einer Verbindlichkeit, die sich auf einen Vertrag des Minderjährigen gründet, und dieser hat keinen Curator: so wird er durch seinen Vertrag gültig verpflichtet. Nur ist zu bemerken: einmal, daß sich der Minderjährige gegen den Vertrag in integrum kann restituiren lassen, wenn er ihm schädlich ist, (§. 1009.) und fürs zweyte, daß ein Minderjähriger von seinem Vermögen ohne obrigkeitliches Decret nichts veräußern kann. (§. 419.) d) Hat der Minderjährige einen Curator, und hat mit dessen Einwilligung einen Vertrag geschlossen: so wird er verbunden. Die zwey vorige Anmerkungen aber gelten auch hier. e) Ist der Vertrag ohne des Curators Einwilligung geschlossen, und betrift blos die Person des Minderjährigen, z. E. der Minderjährige schließt ein Eheverlöbniß: so ist er gültig. Doch ist die restitutio in integrum, wenn der Minderjährige lädirt ist, nicht ausgeschlossen (* 2).

f) Betrifft endlich der vom Minderjährigen ohne Zuziehung des Curators geschlossene Vertrag sein Vermögen: so ist er ungültig. Doch glaube ich, daß, wenn der Minderjährige von dem Curator kleine Summen zu eigner Disposition, Taschengeld, bekommt, er davon, so weit es reicht, zu bezahlen angehalten werden könne, insofern nicht die Wiedereinsetzung in vorigen Stand einer Läsion wegen eintrit.

(1) Es ist nemlich kein Mangel in der Person des Curanden, welchen der Curator ergänzen (augere) müßte. L. 32. §. 2. D. de A. vel A. P. Doch wurde in den neuern Zeiten das Wort auctoritas auch von der Einwilligung der Curatoren gebraucht. *Toullieu* diss. de auctoritate curatorum aetatis, in collectan. n. 8. p. 269. sqq. *Püttmann* in probabil. lib. I. c. 21.

(2) Indessen ist dieser Satz, wenigstens nach Deutschen Rechten, sehr bestritten. S. *Casp. Achat. Beck* diss. de sponsalibus minorum sine curatorum consensu non contrahendis. Ien. 1718.

§. 228. Wie die Curatel aufhört.

Die Tutel hört auf, wenn der Pflegbefohlne mündig wird; die Curatel, wenn die Ursache wefällt, weswegen der Curator bestellt war. Also die Curatel des Minderjährigen nimmt ein Ende, wenn er die Großjährigkeit, das heißt, das fünf und zwanzigste Jahr zurückgelegt hat. Doch erhält zuweilen ein Minderjähriger bey dem Landesherrn veniam aetatis; das heißt, der Landesherr giebt ihm die Rechte eines Großjährigen, ehe er noch 25 Jahre alt ist. Nun kann er alles ohne Curator thun, was er zuvor nicht anderst, als mit Einwilligung des Curators gültig thun konnte. Die Curatel der Wahnwitzigen hört auf, wenn sie den Gebrauch ihres Verstandes erhalten; die Curatel der Kranken, wenn sie wieder zur Gesundheit gelangen; die Curatel der Verschwender, wenn sie Hoffnung geben, daß sie in Zukunft ordentlich wirthschaften werden, und die Obrigkeit ihnen die eigene Verwaltung ihres Vermögens wieder überläßt.

Die

Die Anmerkung sagt: das Látorische Gesetz hat zuerst den Termin der Majorennität auf das fünf und zwanzigste Jahr gesetzt. Des Gesetzgebers Grund, wie Gundling muthmaßt, war, weil er hundert Jahre für das höchste Ziel des menschlichen Lebens annahm, und das Leben in vier Alter abtheilte, deren erstes von der Geburt bis ins fünf und zwanzigste Jahr; das andere von 25 — 50; das dritte von 50 — 75, und das letzte von 75 — 100 reichte.

§. 229. Klagen, welche aus der Curatel entstehen.

Wenn der Tutor die Rechnungsablage ganz unterläßt: so geben die Gesetzgeber gegen ihn *actionem tutelae*, und wenn er eine unrichtige Rechnung abgelegt hat, *actionem rationibus distrahendis*. Diese Klagen sind von den Rechtsgelehrten auch auf die Curatel ausgedehnt worden. Er also kann auch actione tutelae und actione rationibus distrahendis belangt werden; nur mit dem Unterschied, daß die Klagen in jenem Fall actiones *directae*, in diesem aber *utiles* heissen. Denn eine Klage, die sich ausdrücklich in einem Gesetz gründet, heißt, wie wir oben (§. 55.) sahen, actio directa; eine Klage aber, die von Rechtsgelehrten auf einen im Gesetz nicht ausdrücklich enthaltenen Fall ausgedehnt wird, wird utilis genennt.

§. 230. Deutsches Recht.

Im alten Deutschland hat man den Unterschied zwischen Tutor und Curator, den die Römer hatten, nie gemacht. Die Vormundschaft dauerte bis zur Majorennität (*[1]). Pufendorf (*[2]) behauptet zwar, die Deutsche hätten so wie die Römer zwischen Pupillen und Minorennen distinguirt, und der Minorenne habe nach erlangter Pubertät sich einen Curator wählen können, wenn er gewollt habe. Aber diese Meynung hat Kortholt (*[3]), dünkt mir, hinlänglich widerlegt. So viel ist gewiß, daß heutigestages kein Unterschied unter Tutoren und Curatoren gemacht wird. Wer die Aufsicht über einen **Unmündigen** und sein Vermögen hat, heißt **Vormund**; und eben so der, welcher das Vermögen eines Mündigen, aber noch minorennen Menschen verwaltet. Wenn der Pupill mündig wird: so sieht man nicht die geringste Veränderung in der Vormundschaft vorgehen (*[4]); und es ist keine neue Confirmation nöthig (*[5]). Indessen ist doch der Römische Satz: curator primario datur rei, mit seiner im §. 227. angeführten practischen Folge auch in Deutschland angenommen; wiewohl Beyer (*[6]) daran zweifelt.

2) Der Termin der Großjährigkeit war nach dem alten Sachsenrecht das 21ste Jahr, nach den Rechten anderer Provinzen das 16te, 18te, 20ste und 22ste Jahr. Als das Römische Recht eingeführt wurde, nahm man in den meisten Provinzen den Römischen Termin von 25 Jahren an: nur die Sach-

sen behielten ihr altes Recht bey. Daher fängt noch heutigestages in Sachsen die Großjährigkeit im 21sten Jahr an. Die Churprinzen werden nach der güldenen Bulle im 18ten Jahre majorenn. Eben dieses ist in vielen Fürstlichen Häusern Rechtens, z. E. im Hause Hessen, Braunschweig, Anhalt. Im Brandenburgischen werden die Adeliche im 20sten Jahr majorenn (* 7). Nach einer neuen Oesterreichischen Verordnung soll das männliche Geschlecht im 20sten, das weibliche im 18ten Jahre großjährig werden.

3) In Deutschland bekommen die Minderjährige auch gegen ihren Willen Vormünder. In der Polizeyordnung vom Jahr 1577. tit. 32. §. 1. heißt es: wollen wir allen und jeden Churfürsten, Fürsten ꝛc. befohlen haben, zu verordnen, daß den Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren und mannbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher gegeben werden. Nun wenden zwar einige (* 8) ein: in diesem Gesetze werde nicht verordnet, daß den Minderjährigen gegen ihren Willen Curatoren gegeben werden sollen. Allein dem sey wie ihm wolle: so ist die Observanz in Deutschland ausser Zweifel und allgemein (* 9).

(1) *Schilter* Exerc. 37. thes. 79. *Ludewig* diss. de tutela testam. et legitim. diff. II. *Beyer* de hodierna tutorum et curatorum differentia; in dissert. et opusc. num. 4. *Gaertner* diss. iure germanico inter tutores et curatores, pupillos et minores non distingui, Lipsi. 1732. *Heineccius* in elem. iur. germ. lib. 1. §. 340. sqq. *Leyser* sp. 327. Moser im Staatsrecht part. 18. pag. 137. sqq.
(2) *Pufendorf* observ. tom. 1. obs. 48.
(3) *Kortholt* de differentiis iuris romani et Heilbronnensis in tutelis, §. 20. sqq.
(4) Struben rechtlich. Bed. part. 3. pag. 380.
(5) *Wernher* part. 6. obs. 389. pag. 65.
(6) *Beyer* diss. de hodierna tut. et curat. different. §. 13.
(7) *Diet. Herm. Kemmerich* diss. de maiori Principum aetate, Lipsi. 1736.
(8) *Eyben* observ. ad. Instit. disquisit. 5. Obs. 8. in opp. p. 42. sq. *Cocceii* in iur. controv. tit. de curat. Qu. 2.
(9) Struben rechtl. Bed. part. 3. p. 380. doch giebt man dem Minderjährigen nicht leicht eine Person zum Curator, die ihm zuwider ist. *Kortholt* diss. de diff. iur. rom. et Heilbronnens. in tutel. §. 25. 26.

TIT. XXIV.

DE SATISDATIONE TUTORUM ET CURATORUM.

§. 231. Was ist die Caution?

Caution, Vorstand, heißt eine Sicherheit, die ich dem andern über die Erfüllung meiner Verbindlichkeit leiste, weil er fürchtet, daß ich diese übertreten werde. Also man setzt voraus, a) daß ich zu etwas verbunden bin,

bin, b) daß man nicht versichert ist, ich werde dieser Verbindlichkeit nachkommen; und daß ich daher c) eine Handlung unternehme, durch welche der andere überzeugt wird, ich werde meine Pflicht erfüllen; oder doch wenigstens Mittel erhält, sich, wenn er Schaden leidet, zu erholen. Z. E. ich borge Geld bey jemanden, und gebe ihm ein Unterpfand. Hier ist a) eine Verbindlichkeit, das Geld zu erstatten; der Glaubiger aber b) zweifelt, ob ich sie, wenigstens zur rechten Zeit, erfüllen werde; er sucht sich deswegen c) durch Annehmung des Pfandes in Sicherheit zu setzen. Die Verpfändung ist also eine Caution. Wenn die Caution durch Bürgen geleistet wird: so heißt sie *satisdatio*.

§. 232. Warum muß der Vormund Caution leisten?

Ein Tutor und Curator verwaltet fremdes Vermögen. Beyde sind also schuldig Rechnung abzulegen, und herauszugeben, was nach Abzug der Ausgabe von der Einnahme übrig bleibt. Also das eine Erforderniß der Caution, die **Verbindlichkeit**, ist vorhanden. Wenn nun auch das andere eintritt, (si ulla in eos cadit suspicio); **wenn man nicht versichert ist**, daß sie gut haushalten, und dem Pflegbefohlnen herausgeben werden, was sie herauszugeben verbunden sind: so müssen sie Caution, und zwar durch Bürgschaft, mit einem Worte **Satisdation** leisten. Also cadit suspicio in tutorem heißt hier nicht: der Tutor ist verdächtig; man kann sich zu ihm nichts gutes versehen. Nein; denn wäre das: so dürfte ihn die Obrigkeit gar nicht zur Tutel lassen; sondern es will nur so viel sagen: man hat keine zuverläßige Hoffnung, daß der Tutor seinen Pflichten ein Genügen thun werde. Daß die Caution gerade durch Bürgen und nicht auf andere Art geleistet werden muß, davon liegt der Grund darin, weil man zur Zeit der Cautionsleistung noch nicht weiß, was und wie viel der Vormund schuldig bleiben wird. In solchen Fällen aber, wo der Schaden noch ungewiß ist, ist die Caution durch Bürgen die schicklichste.

§. 233. Und in welchen Fällen?

In welchem Falle hat man also das Zutrauen zu dem Vormund, in welchem Falle nicht? In welchem leistet ein Vormund Caution, in welchem ist er frey davon? 1) Vormünder, welche vom Vater im Testament bestellt sind, leisten nach Römischem Recht keine Caution. Denn man glaubt, der Vater werde keinen zum Vormund ernennen, dessen Geschicklichkeit und Ehrlichkeit er nicht genau geprüft, und bewährt gefunden hat. Auf einen solchen testamentarischen Vormund also könne man sich sicher verlassen. Auch 2) Vormünder, welche ein höherer Magistratus nach vorausgegangener Untersuchung bestellt hat, sind von der Cautionsleistung frey. Denn man hat zu der Un-

tersuchung eines solchen Magistratus ebenfalls ein so grosses Zutrauen, daß man glaubt, er werde keinen, als einen vollkommen tüchtigen und treuen Vormund bestellen.

§. 234. Wer ist nicht frey von der Caution?

Hingegen sind zu der Cautionsleistung verbunden 3) die gesetzliche Vormünder. Denn weder ein väterliches Testament, noch die Approbation eines höhern Magistratus sprechen zu ihrem Vortheile. Nur der Vater und der Patron, wenn sie die gesetzliche Vormundschaft übernahmen, waren frey von der Caution. Man glaubte, es sey gegen die Hochachtung, die ihnen der Sohn oder Freygelassene schuldig war, wenn man sie zur Sicherheitsstellung hätte anhalten wollen (*1). 4) Die von einem niedern Magistratus bestellte Vormünder. Die Untersuchung und Billigung eines niedern Magistratus hat nicht so viel Gewicht, daß sie den Vormund von der Caution befreyen könnte. 5) Alle Vormünder, testamentarische, gesetzliche und dative, welche aus mehreren zur Administration gewählt werden. Wenn nemlich der Vater mehrere Vormünder bestellt hat, oder mehrere gesetzliche Vormünder, z. E. drey Vatersbrüder vom Pflegbefohlnen vorhanden sind: so giebt man nicht leicht allen an der Verwaltung des Vermögens Antheil, weil dieses selten gut thut; sondern man wählt einen (*2), giebt ihm die Administration allein, und macht die andern nur zu Ehren-Vormündern (tutoribus honorariis). Der eine nun, welcher administriret, muß seinen Collegen Caution stellen. Denn, wenn er übel haushält: so müssen die andern dem Pupillen für allen Schaden haften. Sie können also mit Recht auf diesen Fall Caution fordern.

(1) Indessen wird ihnen doch die Caution nicht anderst, als nach geschehener Untersuchung erlassen. L. 5. §. 1. D. de leg. tut.

(2) Welchen aber wählt man? S. §. 1. I. h. t. ibiq. *Vinn.*

§. 235. Klagen gegen die Bürgen.

Die Folge der Cautionsleistung des Vormundes ist, daß, wenn er dem Pupillen etwas schuldig bleibet, die Bürgen für allen Schaden stehen müssen. Die Klage, welche desfalls gegen sie angestellt wird, heißt *actio ex stipulatu.* Nur wird erfordert, daß der Vormund selbst zuerst belangt und ausgeklagt werde. Belangt man den Bürgen eher, als der Hauptschuldner ausgeklagt ist: so kann sich dieser mit der exceptione ordinis, oder excussionis schützen. (§. 836.) (*1).

(1) *Schilter* Ex. 37. th. 192. behauptet zwar, dem Bürgen eines Vormundes komme die exceptio excussionis nicht zu. Es hänge vom Pupillen ab, ob er zuerst den Vormund oder den Bürgen belangen wolle. Allein da Justinian in der Nov. 4. den Bürgen überhaupt jene Rechtswohlthat ertheilt: so muß man

sie

sie auch dem Bürgen eines Vormundes gestatten. *Stryk* in us. mod. tit. de fideiuss. et nominat. §. 3.

§. 236. Noch andere Klagen des Curanden.

Wie aber, wenn der Bürge auch nichts im Vermögen hat, und der Pflegbefohlne sich also an ihm nicht erholen kann? In diesem Falle kann dieser a) die hypothecarische Klage anstellen gegen alle, welche etwas von dem Vermögen des Vormundes an sich gebracht haben; denn dieß ist dem Pupillen stillschweigends verpfändet. (§. 719.) Ist aber auch durch diese nichts zu erlangen: so kann sich b) der Pupill noch zuletzt an die Obrigkeit halten; wofern sie nemlich etwas von ihrer Pflicht unterlassen hat (*1). Diese Klage findet also statt, wenn die Obrigkeit untaugliche Bürgen, die nicht hinlänglich begütert sind, angenommen, oder ganz unterlassen hat, Vormünder zu bestellen, oder keine Cautionsleistung in einem Fall erfordert hat, wo sie dergleichen hätte fordern sollen. Weil die Obrigkeit nicht eher belangt werden kann, als bis weder vom Vormund selbst, noch von den Bürgen etwas zu erhalten steht, diese Klage also die letzte Zuflucht des Pupillen ist: so heißt sie actio *subsidiaria* adversus magistratus (*2).

(1) Dieses wurde durch ein Senatusconsult, vermuthlich zu Trajans Zeit, eingeführt. *Bach* in Traiano, p. 158. sqq.

(2) Die beste Abhandlung von dieser Materie ist *Gebauer* diss. de actione tutelae adversus magistratus; in exercit. acad. vol. I. num. 8. pag. 209. sqq.

§. 237. Deutsches Recht.

Nach der angeführten Polizeyordnung sollen alle Vormünder, testamentarische, gesetzliche, und von der Obrigkeit gegebene Caution stellen. Aber dieses heilsame Gesetz wird schlecht befolgt. An einigen Orten begnügt man sich damit, wenn der Vormund auf seine Pflichten einen Eid ablegt, gleichsam als ob der Pupill dadurch gegen allen besorglichen Schaden in Sicherheit gesetzt würde. An andern Orten bestellt man keinen Vormund, der nicht mit liegenden Gütern angesessen ist, und hält daher die Caution durch Bürgen für unnöthig; da die Güter des Vormundes dem Pupillen verpfändet sind, und er sich also daran entschädigen kann. Die subsidiarische Klage ist zwar nicht abgeschafft, wie einige glauben (*1); dieß hat Gebauer (*2) bewiesen. Aber sie kommt doch selten vor. Wenn der Vormund die Pflegbefohlne um alles gebracht hat: so fehlt es an Geld, den Proceß gegen die Obrigkeit zu führen: kein Advocat dient gern gegen seine Oberen; für die Obrigkeit streitet die Präsumtion der Legalität, die Pupillen haben also einen schweren Beweis zu führen: die Obrigkeit hat Freunde, Gönner und Connexionen, und treibt einen solchen Proceß aufs äußerste. Aus diesen und noch mehr

Ursa-

Ursachen ruft ein Jurist (*3) über diese Klage aus: ab hac actione libera nos Domine!

(1) *Treutler* vol. 1. disp. 9. thes. 7. not. e. pag. 84. *Mev.* ad ius Lubec. lib. 1. tit. 7. art. 2. n. 56. pag. m. 218.

(2) In der angeführten diss. cap. 2. Man sehe auch *Leyser* spec. 343. med. 1. und *Ludolf* part. 1. obs. 160. num. 4. *Dav. Scheinemann* diss. de actione subsidiaria contra magistratum, §. 3. *Kortholt* diss. de diff. iur. rom. et Heilbr. in tutel. §. 12. not. t.

(3) *Naurath* in not. ad *Zoes.* Pand. tit. de magistrat. conveniend. p. 638.

TIT. XXV.

DE EXCUSATIONE TUTORUM VEL CURATORUM.

§. 238. Was heißt Excusationen von der Tutel?

Die Tutel ist ein munus publicum, eine persönliche Beschwerde, ein Dienst, den jeder Bürger übernehmen muß, weil es das Wohl des Staats erfordert. Da indessen die Gesetze einige Bürger von den Personallasten befreyen: so sind auch einige insonderheit von der Tutel frey; *excusantur a tutela*, wie die Römische Juristen sagen.

§. 239. Eintheilung derselben.

Die *excusatio a tutela* ist also ein gesetzlicher Grund, durch welchen jemand von der Last der Tutel befreyet wird; das heißt, vermöge dessen er entweder nicht Vormund werden kann, wenn er gleich will, oder es nicht zu werden schuldig ist, wenn er keine Lust dazu hat. Man sieht hieraus, daß das Wort Excusation bey den Rechtsgelehrten in einem weitläuftigern Verstande genommen wird, als nach dem gemeinen Redegebrauch. Denn nach diesem letztern ist Excusation die Anführung eines Grundes, um dessen Willen man eine Beschwerde nicht zu übernehmen schuldig ist. Man braucht dieses Wort nicht, wenn jemand die Erlaubniß nicht hat, etwas zu thun. Wenn z. E. jemand an einem feyerlichen Tage krank ist, und daher nicht nöthig hat, bey Hofe zu erscheinen: so ist er excusirt. Aber man sagt nicht, daß einer excusirt sey, wenn ihm der Hof verboten ist. Die Rechtsgelehrten hingegen nehmen das Wort *excusatio* hier in einer so weitläuftigen Bedeutung, daß sie es nicht nur von den Personen brauchen, welche nicht gezwungen werden können, Vormünder zu werden; sondern auch von denjenigen, welche nicht zur Vormundschaft gelassen werden. Die Excusationen theilen sich daher in nothwendige, (necessarias, prohibitorias, improprias), und freywillige, (voluntarias, proprias) ein. Wenn jemand nicht Vormund werden darf, ob

er

er gleich wollte: so sagt man: er habe eine nothwendige, oder uneigentliche Entschuldigung. Bin ich hingegen in dem Fall, daß mir die Vormundschaft nicht gegen meinen Willen aufgetragen werden kann; daß ich sie aber übernehmen darf, wenn ich Neigung dazu habe: so habe ich eine freywillige, oder eigentliche Entschuldigung.

Diese Distinction hat verschiedene practische Folgen; denn a) eine freywillige Entschuldigung ist mir nur alsdann nützlich, wenn ich sie anführe. Bestellt mich die Obrigkeit zum Vormund, und ich führe die mir zustehende freywillige Excusation nicht an: so habe ich stillschweigends darauf renunciiret. Hingegen die nothwendige Excusation braucht nicht angeführt zu werden. Die Obrigkeit muß von Amtswegen Rücksicht darauf nehmen, und wenn ich mich gleich schon in die vormundschaftliche Geschäfte gemischt habe: so kann und muß ich dem ungeachtet die mir zustehende nothwendige Entschuldigung anführen. b) Die freywillige Excusation befreyt mich nur von der noch zu übernehmenden Tutel; die nothwendige aber macht auch der schon übernommenen Tutel ein Ende. Das heißt, wenn ich Tutor werden soll, und eine freywillige Excusation anführe: so werde ich mit der Tutel verschont. Wenn ich aber schon Vormund bin, und während der Vormundschaft eine freywillige Excusation erhalte: so kann ich darum die Tutel nicht niederlegen. Z. E. drey Kinder gaben in Rom eine freywillige Entschuldigung von der Tutel. (§. 240.) Wenn ich also zu der Zeit, da ich zum Vormund bestellt wurde, schon drey Kinder hatte: so war ich von der Tutel frey: hingegen wenn ich während der Vormundschaft drey Kinder erhielt: so konnte ich die Tutel darum nicht abgeben. Anders ist es bey den nothwendigen Excusationen. Wer dergleichen hat, darf eine Tutel nicht übernehmen, und wenn er während derselben die Excusation erst bekommt: so muß er sein Amt auch niederlegen. Der Soldatenstand z. E. ist eine nothwendige Excusation. (§. 245.) Ein Soldat darf also keine Tutel annehmen, und wenn der Vormund während seines Amtes Soldat wird, verliert er die Vormundschaft.

Beyde Arten der Excusation haben übrigens bey allen Arten von Vormündern statt; bey testamentarischen, gesetzlichen und dativen. Von den testamentarischen und dativen ist dieß ausser Zweifel; aber können auch die gesetzliche eine freywillige Entschuldigung anführen? Cujacius (*1) und Giphanius (*2) leugnen es. Allein Schulting (*3) und Huber am a. O. haben diese seltsame Meynung hinlänglich widerlegt. Der nächste Verwandte, welcher sich entschuldiget, verliert auch darum sein Erbrecht nicht, wie einige glauben; denn diese Strafe ist in keinem Gesetz dictirt (*4).

Hat Jemand eine falsche Excusation angeführt, und dadurch die Befreyung von der Tutel erschlichen: so ist das Befreyungsdecret nichtig (*5).

(1) *Cuiac.* in not. ad *Ulp.* fragm. tit. 11. §. 17. et ad leg. 13. D. de excuſ.
(2) *Giphan.* in commentar. ad §. 13. I. h. t.
(3) *Schulting* ad *Ulp.* fragm. l. c.
(4) *Leyſer* ſp. 331. med. 3.
(5) §. 20. h. t. ibique *Vinn.*

§. 240. Freywillige Excuſationen.

Die freywillige Excuſationen ſind einem entweder ertheilt wegen der Verdienſte, die er um den Staat hat; (privilegio nituntur) oder weil ihm die Tutel allzu beſchwerlich ſeyn würde (ob impotentiam conceduntur).

Zu der erſten Claſſe gehören folgende: erſtlich wer in Rom drey, in Italien vier, und in den Provinzen fünf Kinder hat. Dieß iſt ein Privilegium, das im Papiſch-Poppäiſchen Geſetz zur Belohnung der Fruchtbarkeit gegeben wurde. Dieſes Geſetz wurde in der Abſicht verfaſſet, um die Bürger zu rechtmäßigen Heyrathen und zum Kinderzeugen zu ermuntern. (§. 36.) Es ſetzte daher mancherley Strafen auf den eheloſen Stand und die Kinderloſigkeit; hingegen Belohnungen auf den Eheſtand und das Kinderzeugen. Zu den letztern gehört denn auch die Excuſation von der Vormundſchaft (*1). Nur müſſen die Kinder a) ſchon alle zur Welt gebohren ſeyn. Wenn mir z. E. in Rom eine Vormundſchaft aufgetragen wurde, zu einer Zeit, da ich zwey Kinder hatte, und meine Ehefrau ſchwanger war: ſo war ich nicht entſchuldigt. b) Die Kinder müſſen auch leibliche, nicht adoptirte: c) eheliche, nicht auſſer der Ehe erzeugte, und d) noch am Leben ſeyn. Nur alsdann, wenn ſie in einem Treffen umgekommen waren, galten ſie noch als lebende. Hi enim, qui pro republica ceciderunt, ſagt Juſtinian pr. h. t. in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.

Wie viel Kinder heutigestages von der Tutel entſchuldigen, iſt controvers. Einige ſagen (*2) fünf, weil wir in den Provinzen lebten. Seltſam! wie kann Deutſchland als eine Römiſche Provinz angeſehen, und nach dem iure provinciarum beurtheilt werden? Andere (*3) ſagen vier; denn Deutſchland habe das ius Italiae. Eben ſo ungereimt, als das vorige! Noch andere (*4) halten drey Kinder für hinlänglich, weil Antonin allen Römiſchen Unterhanen das Römiſche Bürgerrecht ertheilt habe. (§. 90.) Auch dieſes paßt nicht. Denn Antonins Verordnung hob den Unterſchied zwiſchen Bürgern, die in Rom, Italien und in den Provinzen wohnten, nicht auf (*5). Richtiger urtheilen die, welche behaupten, daß man auf die Gewohnheiten und Statuten jedes Landes Rückſicht nehmen müſſe. Beſtimmen dieſe nichts: ſo geben die Kinder keine Entſchuldigung gegen die Tutel. Denn die Privilegien, welche der ehelichen Fruchtbarkeit im Papiſch-Poppäiſchen Geſetze ertheilt

theilt ſind, gelten in Deutſchland nicht (*σ). Wenn jemand viele Kinder, und dabey wenig Vermögen hätte: ſo, daß er alle ſeine Zeit auf die Erziehung und Ernährung dieſer Kinder verwenden müßte, und es ihm nicht möglich wäre, ſich mit den Vormundsgeſchäften abzugeben: ſo würden ihn ſeine Vermögensumſtände, aber nicht die Kinder entſchuldigen.

(1) *Toullieu* diſſ. pe iure ſeſe a tutela vel cura excuſandi ob magiſtratum et numerum liberorum, in collectaneis num. 7. pag. 255. ſqq.
(2) *Schilter* exerc. 37. theſ. 155.
(3) *Hopp* ad prooem. I. h. t.
(4) *Stryk* in uſu mod. h. t. §. 2.
(5) *Heinecc.* commentar. ad L. Iul. Pap. Popp. p. 211.
(6) *Thomaſius* in not. h. t. p. 109. *Kemmerich* acceſſ. ad Inſtit. h. t. §. 8. *Beyer* ad Pand. h. t. *Knorre* obſ. ad Ludovici Pandect. 559.

§. 241. Fortſetzung.

Die zweyte freywillige Entſchuldigung haben die, welche Güter oder Einkünfte des Landesherrn verwalten, erheben oder gepachtet haben. Alſo alle Rentmeiſter, Steuererheber, Zollerheber ſind von der Tutel frey. Aber nicht nur dieſe, ſondern alle Perſonen, denen der Landesherr ein Geſchäft aufgetragen hat, haben Entſchuldigung (*ι). Die Urſache iſt, daß ſie nicht in ihren Geſchäften durch die Tutel gehindert und geſtört werden ſollen. Dazu kommt noch eine andere, die Theophilus in ſeiner Paraphraſe anführt. Wenn jemand Güter des Landesherrn verwaltet oder pachtet: ſo iſt ſein Vermögen dem landesherrlichen Fiscus verpfändet. Wollte er zugleich eine Tutel übernehmen: ſo würde das Vermögen auch dem Pupillen verpfändet werden; und käme er in Verfall: ſo könnte der Fiscus mit dem Pupillen in Colliſion kommen; wenn nemlich das Vermögen nicht zu beyder Befriedigung hinreichte, auch der Pupill ſich nicht an ſeinen Bürgen erholen konnte.

(1) L. 22. §. 1. L. 30. D. h. t.

§. 242. Fortſetzung.

Dritte Entſchuldigung. Wenn jemand von der Provinz, der Stadt oder dem Dorf, worin er wohnet, in öffentlichen Angelegenheiten verſchickt wird: ſo heißt er *abſens reipublicae cauſa*, und hat eine Entſchuldigung von der Tutel. a) Er iſt nicht ſchuldig, während ſeiner Abweſenheit eine zu übernehmen (excuſatur a ſuſcipienda tutela, dum abeſt). b) Er kann auch während der Abweſenheit die ſchon geführte Vormundſchaften einem Curator übergeben (excuſatur a ſuſcepta). Wenn er aber c) zurück kommt: ſo muß er ſie wieder fortſetzen; hingegen d) eine neue Vormundſchaft iſt er im erſten Jahr nach ſeiner Zurückkunft zu übernehmen nicht ſchuldig (excuſatur a ſuſcipienda intra annum, ex quo revertit). e) Wenn jemand in öffentlichen

Geschäften eine Seereise macht, oder seinen Wohnort auf Befehl des Landesherrn ändert: so kann er die bisher geführte Vormundschaften auf immer niederlegen.

§. 243. Fortsetzung.

Die vierte Entschuldigung kommt den Magistratspersonen zu; doch nicht allen, sondern nur den höheren, die *imperium* oder *potestatem* hatten; d. i. welche ihre Befehle durch Zwangsmittel zur Execution bringen durften. Uebrigens wird über diese Materie noch sehr gestritten. Giphanius, Ritershus (*1) und andere glauben, daß die geringere magistratus nur eine freywillige, die höhere aber eine nothwendige Entschuldigung hätten (*2). Heutigestags haben nach der Praxis alle obrigkeitliche Personen eine freywillige Entschuldigung (*3). Fünftens können sich entschuldigen alle, welche die Jugend in Wissenschaften und freyen Künsten unterrichten; nur müssen sie a) ordentliche öffentliche Lehrer seyn. Ausserordentliche, desgleichen Privatlehrer sind nicht frey. b) Sie müssen in Rom oder in ihrem Vaterland lehren, und zwar c) fleißig (*4). Auch die Aerzte, wenn sie die Praxis treiben, und Rechtsgelehrte sind entschuldiget. Der Grund liegt darin, weil alle diese Personen schon fürs öffentliche Beste arbeiten, und es daher unbillig wäre, sie noch mit Tutelen zu belästigen.

(1) In commentar. ad §. 3. I. h. t.
(2) Man s. von dieser Entschuldigung hauptsächlich *Toullieu* diff. §. 240. cit.
(3) *Schilter* ex. 37. h. t. thes. 161. *Stryk* us. mod. tit. de excusat. §. 3. *Lauterbach* coll. th. pr. ibid. §. 12.
(4) *Vinn.* ad §. 15. h. t.

§. 244. Fortsetzung.

Die Entschuldigungen, welche sich auf die allzugrosse Beschwerlichkeiten gründen, sind sechstens drey Tutelen in einem Hause; wenn nemlich jemand schon selbst drey Vormundschaften führet: oder wenn auch ein Vater und seine filii familias zusammen drey Tutelen haben: so kann ihm nicht zugemuthet werden, noch die vierte zu übernehmen, oder einem seiner Söhne die vierte aufladen zu lassen. Nur bemerke man: 1) die Anzahl der Tutelen wird nicht nach der Zahl der Pupillen, sondern der Patrimonien oder Rechnungen bestimmt. Wenn ich also über drey Pupillen Vormund bin, die zusammen Ein Vermögen haben: so führe ich nicht drey Tutelen, sondern nur eine. 2) Die Ursache, warum der Vater durch die Tutelen seiner Söhne entschuldigt wird, liegt darin, weil er für die Söhne, wenn sie die Tutel mit seiner Einwilligung übernehmen, si patris voluntate administrant, wie Ulpian L. 5 h. t. sagt, haften, folglich auch auf ihre Haushaltung Achtung geben muß, und ihre

Vor-

Vormundschaften ihm also Mühe machen. Ausnahmen jenes Satzes sind: a) si tutelae sint affectatae, das heißt, wenn ich von den drey Tutelen, die ich führe, eine oder einige gesucht habe: so kann ich genöthigt werden, noch mehrere zu übernehmen. Denn die gesuchte Tutelen kommen nicht in Anschlag. b) Si tenues sint; wenn die drey Vormundschaften so geringfügig sind, daß sie wenig Mühe machen. Denn man muß die Tutelen nicht sowohl zählen, als wägen. Daher kann auch jemand, der nur zwey, aber weitläuftige Tutelen hat, sich von der dritten entschuldigen. Ja eine einzige sehr beschwerliche und mühsame Vormundschaft kann schon Entschuldigung bewirken.

Siebendens. **Die Armuth.** Wenn nemlich jemand so arm ist, daß er alle seine Zeit zur Erwerbung seines Unterhalts nöthig hat. Da heutigestages alle Vormünder Satisdation leisten sollen, oder mit liegenden Gütern angesessen seyn müssen; ein armer Mensch aber nicht leicht Bürgen finden wird, und liegende Güter nicht besitzt: so wird diese Entschuldigung in den meisten Fällen zur nothwendigen werden.

Achtens. **Krankheit**, die einen hindert, seinen eigenen Geschäften vorzustehen; morbus sonticus, wie sie die Juristen nennen.

Neuntens. **Unwissenheit im Lesen und Schreiben.** Denn ein solcher Mensch müßte sich jemand zur Rechnungsstellung halten, und dieß kann man ihm nicht zumuthen (*1).

Zehendens. **Siebenzigjähriges Alter.** An den meisten Orten in Deutschland entschuldigen schon sechzig Jahre (*2).

Keine hinlängliche Entschuldigung ist es, daß der ernennte Vormund mit dem Vater des Pupillen gar nicht bekannt gewesen ist (*3).

(1) Ob nach dem Römischen Recht ein des Lesens und Schreibens Unkundiger sich in allen Fällen entschuldigen konnte, und wie §. 8. I. h. t. wo es heißt: qui literas nesciunt, sunt excusandi, mit der L. 6. §. ult. D. eod. wo Paullus sagt: eius, qui se neget literas scire, excusatio accipi non debet, zu vereinigen ist, davon s. man unter andern *Nerii* analect. lib. 2. cap. 12. apud *Otton.* tom. 2. p. 410. *Vulteii* discept. scholast. cap. 8. *Lyclam* membran. lib. 1. eccl. 12. Wenn übrigens das Vermögen des Pupillen so gering wäre, daß man Einnahme und Ausgabe bequem im Gedächtnisse behalten könnte, und kein schreibkundiger Vormund zu bekommen wäre: so würde auch wohl ein Unkundiger die Tutel übernehmen müssen.

(2) *Knorre* obs. ad Ludovici Pandect. 560.

(3) §. 10. h. t.

§. 245. Nothwendige Excusationen.

Die nothwendige Entschuldigungen sind: 1) **Raserey, Wahnsinn, Taub- und Stummheit, Blindheit.** Diese Gebrechen machen, daß jemand der Tutel gar nicht, oder doch nicht mit der gehörigen Aufmerksamkeit

vorstehen kann. Wenigstens in dem Fall, wenn Taub- und Stummheit beysammen sind, schließen sie von der Tutel aus. Hat einer nur eines von beyden Gebrechen allein: so kann er heutzutage nach Beschaffenheit der Umstände zur Tutel gelassen werden (*1). 2) **Minderjährigkeit** (*2). Einem Minderjährigen traut man die zur Führung einer Vormundschaft nöthige Klugheit nicht zu. Ob der Minderjährige alsdann, wenn er veniam aetatis erlangt hat, (§. 228.) Vormund werden könne? ist zweifelhaft. Ich glaube nicht, wenn es der Landesherr nicht ausdrücklich erlaubt (*3). 3) **Soldatenstand**; denn bald würde der Dienst durch die Tutel, bald die Tutel unter dem Dienste leiden (*4). Diese Excusation hat nach der richtigern Meynung noch heutzutag statt (*5). 4) **Ein Proceß mit dem Pupillen**; nur muß er nach den ältern Gesetzen das ganze Vermögen des Pupillen, oder doch den größten Theil desselben betreffen. Nach dem neuen Römischen Recht hingegen ist jeder bevorstehende Proceß zur Entschuldigung hinreichend. Denn Justinian verordnete in den angeführten Novellen, daß man weder einen Schuldner, noch Glaubiger des Pupillen zum Vormund bestellen solle. (§. 212.) (*6). 5) **Die bischöfliche Würde und der Mönchsstand.** Diese schließen ganz von der Tutel aus. Andere Geistliche, die unter dem Bischoffe sind, können Vormünder über Verwandte werden; sie haben aber eine freywillige Entschuldigung. Zur Tutel über Fremde werden sie nicht zugelassen. Bey den Protestanten haben alle Geistliche eine freywillige Excusation (*7). 6) **Der Ehestand.** Nemlich der Ehemann konnte nicht Vormund über die Ehefrau seyn, auch der Bräutigam nicht über die Braut, weil man glaubte, Frau und Braut würden sich nicht unterstehen, die Rechnungsablage zu fordern (*8). 7) **Tödtliche Feindschaft mit dem Vater der Pupillen.** Also nicht jede kleine Zänkerey, sondern nur eine heftige schwere Feindschaft gereicht zur Entschuldigung (*9). Man fürchtet, ein solcher Feind des Vaters werde an den Kindern noch Rache ausüben.

(1) *Stryk* de iure sensuum diss. 4. cap. 2. num. 18. sqq. Nach Römischem Recht läßt sich dieß nicht wohl behaupten. L. 1. §. 2. et 3. de tutel. L. 10. §. 1. de legit. tut. Denn ein Tauber, desgleichen ein Stummer war zur Stipulation unfähig, (§. 806.) die doch ein Vormund zuweilen eingehen mußte. *Finestres* ad Hermogenian. pag. 548. sqq.

(2) Nach dem antejustinianeischen Recht waren die Minderjährigen nicht schlechterdings von der Tutel ausgeschlossen. §. 13. h. t. ibique *Vinn.* et *Heineccius.*

(3) Strube rechtl. Bed. 3. Th. 130. Seite.

(4) *Enenckel* de privileg. milit. lib. 2. privileg. 15.

(5) *Leyser* sp. 57. med. 5. *Pufendorf* tom. 3. obs. 83.

(6) *Car. Frid. Walch* diss. de tutore pupilli sui ante susceptam tutelam debitore, Ien. 1777. behauptet indessen mit vielen andern Rechtsgelehrten, daß heutigestags auf diese Gesetze so genau nicht geachtet werde, sondern die Obrigkeit

auch

auch einen Schuldner oder Glaubiger des Pflegbefohlnen zum Vormund bestellen könne.

(7) *Stryk* us. mod. h. t. §. 5.

(8) *Heineccii* diss. de marito tutore et curatore uxoris legitimo, in opusc. n. 24.

(9) *Püttmann* de inimicitiis capitalibus, earumque in iure effectibus; in adversar. lib. 1. pag. 1. sqq. Insonderheit kann sich der Vormund entschuldigen, si, wie §. 12. h. t. sagt, status controversiam a pupillorum patre passus est; wenn dieser gegen ihn geklagt, und ihm den statum libertatis, civitatis, oder familiae streitig gemacht hat. S. *Heinecc.* ad *Vinn.* l. c.

§. 246. Excusation von der Curatel.

Die bisher angeführte Entschuldigungen gelten alle sowohl bey der Tutel, als Curatel. Noch eine Entschuldigung ist übrig, die sich allein auf die Curatel bezieht. Wer nemlich Tutor gewesen ist, der wird nicht gezwungen, Curator zu werden. Denn niemand soll mit einer doppelten Last belegt werden. Ob aber diese Entschuldigung noch heutigestags statt finde? ist zweifelhaft. Beyer (*1), Carpzov (*2) und andere (*3) glauben, sie finde statt. Aber richtiger ist doch wohl das Gegentheil (*4). Denn die Deutsche Gesetze wissen von dem Unterschied unter Tutel und Curatel nichts.

(1) Ad Inst. h. t. th. 8. auch in diss. de hodierna tutorum et curatorum differ. §. 12.

(2) Part. 2. const. 11. def. 10.

(3) *Struv.* syntagm. iur. civ. h. t. thes. 51. *Lauterb.* lib. 26. tit. 9. append. §. 4. p. 634. *Berger* oec. iur. p. 171. edit. vet. *Wernher* part. 4. obs. 380. *Pufendorf* tom. 2. obs. 12.

(4) *Kortholt* diss. de differ. iur. rom. et Heilbronnens. in tutelis, §. 28.

§. 247. Deutsches Recht.

1) Von dem heutigen Gebrauch der Entschuldigungen habe ich schon bey jeder derselben das nöthige angemerkt. 2) Allerdings muß man auch in dieser Materie zuforderst auf die Provincial- und Localgesetze Rücksicht nehmen (*1). Sind dergleichen nicht vorhanden: so bleibt man bey dem Römischen Recht; in so weit es auf unsere Verfassung passet. (§. 240.) 3) Die freywillige Entschuldigungen sind aber bey uns weit seltener, als bey den Römern. Denn ein Römischer Vormund mußte sein Amt ganz umsonst führen. Hingegen unsere Vormünder bekommen ein Salarium. Daher ist es bey uns gewöhnlicher, daß man Vormundschaften sucht, als daß man sich davon entschuldigt. 4) Der Ehemann kann in Deutschland Curator seiner Frauen seyn. Wenn ich nemlich eine Person heyrathe, welche unter der Vormundschaft steht: so behält der bisherige Vormund seine Administration bis zur Majorennität. Verheyrathet sich hingegen eine Person, deren Vater noch lebt,

und

und sie wird während der Ehe beerbt: so bekommt sie keinen fremden Curator, sondern der Ehemann führet die Administration ihrer Paraphernalgüter (*2). 5) In Sachsen stehen alle Weibspersonen, verheyrathete und unverheyrathete, unter einer lebenslänglichen Curatel. Die Pflicht eines solchen Curators ist, daß er die Weibsperson in solchen Geschäften, bey denen sie leicht lädirt werden kann, mit Rath instruire. Er hat also keine Güterverwaltung; und ökonomische Geschäfte kann die Weibsperson gültig ohne ihn verrichten (*3).

(1) Einige derselben hat *Ienichen* diss. de excusat. tut. et curat. Giss. 1755. gesammelt.
(2) *Thomasius* in not. ad I. h. t. pag. 117.
(3) *Tob. Iac. Reinharth* diss. de genuinis curae sexus et aetatis differentiis. Erf. 1728.

TIT. XXVI.

DE SUSPECTIS TUTORIBUS ET CURATORIBUS.

§. 248. Uebergang zu diesem Titel.

Die Tutel und Curatel werden bisweilen durch Remotion oder Absetzung des Tutors und Curators geendigt. Von dieser wird in gegenwärtigem Titel gehandelt, und damit der Schluß der Vormundschaftslehre gemacht (*1).

(1) *Vollenhof* diss. de suspectis tutoribus in *Oelrichs* novo thesaur. diss. Belgicar. vol. I.

§. 249. Warum wird ein Vormund abgesetzt?

Ein Vormund wird removirt, wenn er verdächtig, *suspectus* ist. Verdächtig aber ist er, wenn er entweder vorsetzlich (dolose), oder aus Nachläßigkeit (culpose) seiner Pflicht kein Genüge leistet (*1). Nemlich die Absicht einem zu schaden, heißt bey den Juristen *dolus*; Mangel des gehörigen Fleisses *culpa*. Diese letzte ist entweder *lata*, oder *levis*, oder *leviſſima*. Die äusserste Nachläßigkeit, zu der nur die sorglosesten Menschen fähig sind, heißt *culpa lata*. Eine Nachläßigkeit von geringerm Grade, die auch ein ordentlicher Mensch wohl bisweilen begeht, *culpa levis*; und ein ganz geringes Versehen, die Unterlassung der höchsten und äußersten Attention, *culpa leviſſima*. (§. 754. 757. 758.) Daß ein Vormund um eines vorsetzlichen, dem Pupillen zugefügten Schadens removirt werden könne, ist gewiß. Eben so gewiß ist, daß er wegen einer culpa lata abgesetzt werden könne, und daß hingegen

culpa

culpa leviſſima dazu nicht hinreiche. Aber wie ſteht es mit der culpa levi? Einige Juriſten glauben, daß ſie zur Abſetzung hinreiche (* 2). Allein nach der Leg. 7. §. 1. h. t. iſt die richtigere Meynung, daß culpa levis keine Remotion begründe (* 3). Denn es heißt in dieſem Geſetz ausdrücklich: ein Vormund ſoll eines doli wegen als ſuſpect, der culpae latae wegen als quaſi ſuſpect abgeſetzt werden. Der culpae levis wird nicht gedacht.

(1) Iſt zu vermuthen, daß ein Vormund, noch ehe er die Tutel übernommen hat, nicht gut haushalten werde: ſo wird er als *quaſi ſuſpectus* removirt. §. 5. h. t. ibique *Vinn.* et *Hein.*
(2) Z. E. *Manz* ad Pand. h. t. Qu. 4. n. 27. *Wiſſenbach* ad leg. 9. C. h. t.
(3) *Lauterb.* coll. theor. pract. h. t. §. 10. *Berger* reſol. L. L. obſtant. h. t. Strube rechtl. Bed. 1. Th. 199. Seite, 2. Th. 473. Seite.

§. 250. Jeder Bürger kann den Vormund anklagen.

Wenn ein Vormund verdächtig iſt: ſo liegt dem Staate ſelbſt daran, daß er removirt werde; daher erlauben die Römiſche Geſetze jedem Bürger, den verdächtigen Vormund anzuklagen, und dieſe Klage heißt *crimen ſuſpecti*, d. i. accuſatio ſ. poſtulatio ſuſpecti (* 1). Die Definition davon, welche der Autor giebt, wird im folgenden Paragraph Wort für Wort erklärt werden.

(1) Prooem. I. h. t. *Noodt* ad tit. Pand. de ſuſpect. tutor. *I. H. Boehmer* diſſ. de crimine ſuſpecti, cap. 1. §. 10. in Ex. ad Pand. tom. 6. p. 64.

§. 251. Was iſt die accuſatio tutoris ſuſpecti?

Die Anklage des Vormunds iſt eine accuſatio quaſi publica. Publica heißt ſie, weil ſie jeder Bürger anſtellen kann. Aber ſie iſt doch nicht vere, ſondern nur quaſi publica. Denn accuſationes vere publicae entſtanden aus einem öffentlichen Verbrechen, und wurden bey dem Präfectus Urbi, der die peinliche Gerichtsbarkeit hatte, angeſtellt. Die Anklage des Vormundes aber entſteht aus keinem öffentlichen Verbrechen, und wird auch nicht vor dem peinlichen Richter, ſondern vor dem Prätor oder einer andern Obrigkeit, welche die Civilgerichtsbarkeit hat, angeſtellt (* 1).

Die Anmerkung ſagt: die Juriſten bedienen ſich der Partikel quaſi, um anzudeuten, daß ein Wort nicht im eigentlichen Verſtand genommen werde. Sie reden daher von quaſi contractibus, quaſi delictis, quaſi poſſeſſione, quaſi traditione, accuſationibus quaſi publicis, remediis quaſi poſſeſſoriis u. ſ. w. (* 2).

(1) *Boehmer* diſſ. cit.
(2) *Io. Dav. Dieterich* diſſ. de genuina quaſi notione iuridica, Goett. 1740.

§. 252. Wer kann ſie vornehmen?

Die Anklage eines verdächtigen Vormundes iſt quaſi publica. Alle Bür-

ger können daher die Vormünder anklagen (* 1). Die Mitvormünder sind dazu verbunden; andere Personen aber haben nur die Erlaubniß dazu. Etwas besonderes ist, daß sogar Weibspersonen, die sonst nicht anklagen dürfen, doch zu dieser Anklage gelassen werden. Die Ursache liegt in der grossen Gunst der Gesetzgeber gegen die Pupillen. Nicht nur Verwandte des Pupillen, sondern auch andere, die nur Freundinnen von ihm sind, können anklagen. Der Pupill selbst hingegen wird zur Anklage nicht gelassen; weil ihn seine Jugend hindert, einen gerichtlichen Vortrag zu thun (personam standi in judicio non habet). Dieser Mangel steht dem Minderjährigen nicht im Wege; daher kann er den Curator anklagen. Nur müssen die Verwandte in die Anklage willigen; weil der Minderjährige für sich allein nicht Einsicht genug hat. Klagt niemand den ungetreuen Vormund an: so ist die Obrigkeit von Amtswegen (ex officio) schuldig, einen Ankläger zu bestellen, und nach untersuchter Sache den ungetreuen Vormund zu removiren. Indessen geschah dieß bey den Römern selten: weil die Römische Magistratus gar weitläuftige Jurisdictionsbezirke hatten, und die Vormundsrechnungen erst zu Ende der Tutel abgelegt wurden. In Deutschland sind dergleichen von Amtswegen geschehene Absetzungen häufiger; denn unsere Obrigkeiten haben kleinere Gerichtssprengel, und nehmen den Vormündern alle Jahre die Rechnung ab; erfahren also leichter, als die Römische Magistratus, des Vormundes üble Haushaltung.

(1) Nemlich die accusationem suspecti auf die Absetzung des Vormundes anstellen. Wenn der Vormund sein Amt niedergelegt hat: so kann einer, welcher nicht dabey interessirt ist, keine Klage wegen der üblen Haushaltung gegen denselben anstellen. Strube rechtl. Bed. 2. Band 121. Bed.

§. 253. Welche Vormünder können angeklagt werden?

Alle Vormünder, die nicht pflichtmäßig wirthschaften, können angeklagt und abgesetzt werden. Wie aber, wenn der angeklagte Vormund Besserung verspricht, und sich zu einer hinlänglichen Caution offerirt? Dieß hilft ihn nichts. Denn die Rechtsgelehrte haben die Regel: es ist besser einen Schaden verhüten, als ihn geschehen lassen, und sich dann erst nach Heilungsmitteln umzusehen; (melius est ab initio rem sartam tectam servare, quam vulnerata causa remedium quaerere) und die Caution setzt auch den Pupillen nur gegen erweislichen Schaden in Sicherheit. Wie manchen Schaden aber kann der Vormund thun, welcher verborgen bleibt, oder nicht erweislich ist. Oder, wie es in dem §. 12. I. h. t. heißt: satisdatio tutoris propositum malevolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem praestat.

Auch gesetzliche Vormünder können removirt werden. Weil sie aber doch

doch mit dem Pupillen nahe verwandt sind: so gereicht ihre Absetzung auch diesem zur Beschimpfung; denn einen untreuen schlechten Mann zum Vetter zu haben, ist keine Ehre. Daher giebt man lieber in diesem Falle dem ungetreuen Tutor, statt ihn ganz abzusetzen, nur einen Curator bey, der die Verwaltung der Güter über sich nimmt (* 1).

(1) *Brenkmann* de evrematicis, cap. 6. p. 88. Ein gleiches findet auch in andern Fällen statt. §. 5. I. de curat.

§. 254. Zweck dieser Anklage.

Die Anklage, von der wir reden, hat den Zweck, daß der untreue Vormund abgesetzt werde. Weil es aber gefährlich wäre, während des Processes den Vormund noch sein Amt fortführen zu lassen, und man es ihm doch auch nicht gänzlich nehmen kann, ehe er überwiesen und verurtheilt ist: so suspendirt man ihn während dieser Zeit (* 1). Wird er unschuldig befunden: so bekommt er die Tutel wieder: ist er aber schuldig: so wird er abgesetzt, und dabey für infam erklärt, wenn er eines Betrugs überführt worden ist. Viele Juristen behaupten zwar, der Vormund werde auch ehrlos, wenn er sich die äußerste Nachläßigkeit zu Schulden kommen lasse (* 2); aber richtiger ist, daß er in diesem Fall seiner Ehre ohne Schaden removirt werde (* 3). Die §. 6. I. h. t. sagt ausdrücklich: suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est, si ob culpam non aeque. Auf gleiche Weise redet Ulpian in der L. 3. §. 5. und L. 18. D. h. t. auch Diocletian in der L. fin. C. h t. (V. 43.) In der schon vorhin angeführten L 7. §. 1. D. h. t. heißt es: si fraus non sit admissa, sed lata negligentia, quia ista prope fraudem accedit, removeri hunc *quasi suspectum* oportet. Anderer Gründe nicht zu gedenken.

(1) Man kann indessen nicht eher zu dieser Suspension schreiten, bis einige Anzeigen einer üblen Verwaltung dargethan sind. *Vinn.* ad §. 7. h. t. *Hopp* diss. de suspensione ab officio, cap. 3. n. 54. sqq.

(2) *Bachov* ad *Treutlerum* vol. 2. disp. 9. thes. 4. *Vinnius* ad §. 6. I. h. t. Wenigstens alsdann, wenn er in seinen eigenen Geschäften weniger nachläßig sey. *Huber* h. t. §. 7.

(3) *Lauterb.* coll. th. pr. h. t. §. 14. *Franzk.* exercit. 3. Q. 8. *Brunnemann* ad L. 2. et fin. C. h. t. *Struv* Exercit. thes. 52. et 55. ibique *Müller*. *Rebhan* paralipom. *Meier*. Dec. 4. Qu. 3. *I. F. W. Pagenstecher* select. iur. quaest. num. 5. *Otto* ad §. 6. I. h. t. *Grimmeisen* diss. de tutore ob culpam latam remoto haud infami, Marb. 1753.

§. 255. Fortsetzung.

Zuweilen wird die Anklage des Vormundes auch dahin gerichtet, daß er mit einer den Umständen angemessenen Strafe belegt werde. Dieß geschiehet, wenn der Vormund in einem hohen Grade treulos und boshaft

gegen den Pupillen gehandelt, z. E. ihm nach dem Leben gestanden hat; (* 1) und in diesem Fall lieferte ihn der Prätor an den Präfectus Urbi, als den peinlichen Richter in Rom aus, um ihm die gebührende Strafe zu dictiren.

(1) Mehr Beyspiele geben §. 10. et 11. h. t. Im §. 10. muß anstatt *ministerium*, *ministeriis*, das ist: officialibus et ministris praetoris gelesen werden. *Vinn.* et *Heinecc.* ad h. l.

§. 256. Beendigung derselben.

Die Anklage des verdächtigen Vormundes ist darauf gerichtet, daß er removirt und allenfalls auch mit einer Strafe belegt werde. Beyde Zwecke fallen weg, wenn der angeklagte Vormund während des Processes stirbt. Sobald aber dieses geschieht, hört der ganze Proceß auf. Wird die Vormundschaft auf andere Weise, z. E. weil der Pupill mündig wird, geendigt: so hört der Proceß nur in so weit auf, als auf die Remotion des Vormundes geklagt worden ist; aber der gebührenden Bestrafung wegen kann er fortgesetzt werden (* 1). Fragt man aber: wie kommt denn der Pupill zu seiner Entschädigung? so ist die Antwort: durch die Klagen, welche wir oben (§. 235. 236.) kennen gelernt haben: *actionem tutelae* gegen des Vormundes Erben; *actionem ex stipulatu* gegen die Bürgen; *actionem hypothecariam* gegen die, welche etwas von dem Vermögen des Vormundes an sich gebracht haben, und durch die *actionem subsidiariam* gegen die Obrigkeit.

(1) *Heinecc.* ad *Vinn.* §. 7. h. t.

§. 257. Deutsches Recht.

Heutigestages sind die Anklagen untreuer Vormünder selten; denn die Obrigkeit muß jährlich Rechnung von den Vormündern fordern. Daraus ergiebt sich meistens schon, ob sie gut oder schlecht wirthschaften. Wenn sich das letzte zeigt: so muß die Obrigkeit von Amtswegen eine Untersuchung anstellen, und darf keinen Ankläger warten.

Lib. II. TIT. I.

DE RERUM DIVISIONE ET ADQUIRENDO EARUM DOMINIO.

§. 258. Uebergang zu dieser Lehre.

Oben ist schon bemerkt worden, daß die Verfasser der Institutionen der Jurisprudenz drey Gegenstände zuschreiben; sie sagen: die drey Rechtsobjecte sind Personen, Sachen und Klagen. Der erste dieser Gegenstände

ist

ist bisher abgehandelt worden. In dem gegenwärtigen zweyten Buch, auch noch im dritten und Anfang des vierten wird von dem zweyten Object, den Sachen, gehandelt werden.

§. 259. 260. Was sind Sachen?

Die erste Frage muß also hier seyn: was sind Sachen? Die Juristen machen einen Unterschied zwischen Sachen und Geld. Sowohl jenes, als dieses Wort hat dreyerley Bedeutungen. Sachen im weitläuftigsten Verstand sind alle Gegenstände des Rechts, die nicht Personen und nicht Klagen sind. Also auch Handlungen, Verträge, Testamente und andere letzte Willensverordnungen gehören hierher. Im engern Verstand aber sind Sachen diejenige Rechtsobjecte, welche keine Personen, keine Klagen und keine facta sind. So sagt man z. E. promittitur *aut res aut factum*, und setzt also die Sachen den factis entgegen. Endlich im allerengsten Sinn bedeutet res die körperliche Dinge, oder zusammengesetzte Substanzen; und so wird es genommen, wenn man res und iura einander entgegen setzt. Man sehe unten §. 364. * *Pecunia* hingegen in der weitläuftigsten Bedeutung ist alles, was ein Mensch wirklich im Vermögen hat (*1). In diesem Verstand nehmen es die Gesetze der 12 Tafeln, wenn sie sagen: uti pater familias legassit super pecunia sua, ita ius esto. In engerer Bedeutung begreift dieß Wort nur die fungible Sachen, d. i. bewegliche Sachen, von denen man im Commerz so viel an Maas, Zahl und Gewicht bekommen kann, als man verlangt. (§. 765.) In dieser Bedeutung kommt es in der L. 19. et 30. D. de legat. I. vor. Endlich pecunia in der strengsten Bedeutung ist geprägtes Metall (*2).

(1) Pecuniae nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res, tam soli, quam mobiles, et tam corpora, quam iura continentur, L. 222. de V. S.
(2) *Brisson.* de verb. signif. voc. pecunia. *Westenberg* de caus. obligat. diss. 3. cap. 2. §. 11. *Finestres* ad Hermogen. p. 656. sqq.

§. 261. Eintheilung der Sachen.

Die Sachen sind nach dem Römischen Recht entweder *divini*, oder *humani iuris*; die erstere entweder *sacrae*, oder *sanctae*, oder *religiosae*. Nemlich res divini iuris heißt eine Sache, die aus Religionsgründen dem Commerz entzogen ist, (commercio hominum exemta est Deorum gratia.) Ist sie zum Gottesdienst bestimmt: so heißt sie *res sacra*. Wenn sie zur Aufbewahrung eines menschlichen Leichnams, und zur Ehre eines Verstorbenen dient: so heißt sie *res religiosa*. Endlich res sancta, ist eine Sache, die des öffentlichen Besten wegen durch eine Poenalsanction gegen Beleidigungen gesichert ist. Das heißt eine Sache, in oder an welcher man sich nicht vergehen darf,

ohne sich einer härtern Strafe auszusetzen, als diese Vergehung bey andern Dingen nach sich zieht. Diese res sanctae werden also uneigentlich zu den rebus divini iuris gerechnet. Denn sie sind dem Commerz nicht entzogen, und haben keine Verbindung mit Religion (* 1); blos darum, weil sie eben so heilig und unverletzlich sind, als res divini iuris, hat man sie diesen beygezählt.

(1) *D'Arnaud* var. coniect. lib. 1. cap. 14.

§. 262. Was sind res sacrae?

Res sacrae also hießen Dinge, die zum Gottesdienst bestimmt, und den Göttern consecrirt waren; Tempel, Kapellen, Altäre, Opfergeräthschaft und dergleichen. Diese Consecration geschah von den Pontificibus; und in den Zeiten der Kayser auch von diesen, weil sie den Titel und das Amt eines Pontifex maximus führten (* 1). Verschiedene behaupten, die res sacrae wären nur den Diis superis, den Himmelsgöttern geweiht gewesen; aber ohne Grund; denn man findet häufig, daß Tempel, Altäre, und andere heilige Sachen den Höllengöttern, dem Pluto und der Proserpine, auch Halbgöttern, z. E. dem Hercules geweiht waren (* 2).

(1) *Heinecc.* in elem. iur. civ. sec. ord. Instit. *edit. vet.* §. 314. *Polyc. Leyser* diss. de veterum ICtorum divisionibus non iuridicis, pag. 8.
(2) *Leyser* sp. 22. med. 1. *Otto* ad §. 8. I. h. t.

§. 263. Grundsätze von diesen Dingen.

Die res sacrae waren nach Römischen Grundsätzen den Göttern eigen. Sie gehörten also 1) keinem Menschen. Folglich konnten sie 2) nicht geschätzet, nicht verpfändet, nicht veräußert, und nicht zu einem profanen Gebrauch angewendet werden. Und wenn 3) auch ein heiliges Gebäude zusammen fiel, oder abgebrochen wurde: so blieb doch der Platz heilig. Nur alsdann, wenn a) ein Ort von den Feinden erobert wurde, hörten die darinn befindliche Tempel, Altäre, u. s. w. auf heilig zu seyn. Denn man glaubte, die Götter hätten den Ort verlassen. b) Wenn die Priester eine heilige Sache durch eine Ceremonie, welche *evocatio sacrorum* hieß, entweihten: so wurde sie eine profane Sache.

§. 264. Was sind res religiosae?

Res religiosae waren Gräber und Grabmäler (* 1). Die Römer glaubten, daß jeder Mensch seine manes habe; eine Art von geistigem Wesen, welches in und um ihn wäre, und auch nach dem Tode den Leichnam nicht verlasse. Daher hielten sie Gräber und Grabmale für etwas heiliges, und setzten gewöhnlich die Ueberschrift M. S. oder D. M. S. das heißt Manibus sacrum, Diis Manibus sacrum darauf. Ein jeder Ort wurde also locus religiosus, so

bald

bald ich einen Todten hineinlegte. Unerlaubt war es, einen Leichnam an einen öffentlichen Platz, der nicht zu Begräbnissen bestimmt war, zu legen, (* 2) und eben so unerlaubt handelte ich, wenn ich meinen Todten auf eines andern Bürgers Grund und Boden, ohne dessen Einwilligung (* 3), begrub.

(1) *Georg Christoph Platz* de religione sepulchrorum, Lips. 1725.
(2) Locus publicus non potest privata religione obligari, sagt *Cic.* de legib. lib. 2. cap. 23.
(3) In alienum locum consentiente domino licet inferre, sagt §. 9. h. t. et licet postea ratum *non* habuerit (richtiger ratum habuerit, wenn der Eigenthümer erst nach geschehener Sache einwilliget) quam illatus est mortuus, tamen locus religiosus est. *Vinn.* et *Heinecc.* ad h. §.

§. 265. Fortsetzung.

Daraus folgt, 1) ein Cenotaphium ist nicht locus religiosus. Ein Cenotaphium oder Ehrenbegräbniß errichtete man einem, wenn man seinen Leichnam nicht haben konnte, z. E. weil er im Krieg oder im Wasser verlohren gegangen war. Weil in einem solchen Begräbniß kein Leichnam, und folglich keine manes waren: so war es nicht heilig (* 1). 2) Die Gräber konnten nicht gekauft, verkauft, verpfändet, verschenkt, vermacht werden ꝛc. Das Recht, einen Leichnam in mein Grab zu legen, konnte ich einem geben, aber das Grab selbst war kein Stück meines Vermögens (non erat in bonis), und konnte also auch nicht auf andere übertragen werden. Wenn ich indessen auf meinem Land eine Grabstätte hatte, und das Stück Land verkaufte: so bekam der Käufer auch das Grab als ein Pertinenzstück (* 2). 3) Wenn ein Leichnam an verschiedenen Orten begraben war, weil man z. E. nach einem Treffen nur einige Glieder gefunden hatte: so war nur der Ort religiös, wo der Kopf lag (* 3). Wenn ich einen Leichnam an einen Ort legte, welcher dem Staat oder einem andern Bürger gehörte: so war ich zwar nicht schlechterdings schuldig, ihn wegzunehmen; denn die manes wurden, wie man glaubte, dadurch gestöhrt; sondern ich hatte nur die alternative Verbindlichkeit, entweder das Cadaver wegzunehmen, oder den Werth des Orts zu bezahlen. 5) Der Platz, wo ein Todter gelegen hatte, war so lang religiös, bis die Asche und Gebeine durch die Pontifices weggebracht wurden. Da sich dieß alles auf den Aberglauben an die manes bezog: so ist zu verwundern, daß noch die christliche Kayser Valentinian, Theodosius und Arcadius das angeführte Gesetz darauf gründen.

(1) L. 24. D. de contrah. emt. *Herm. Cannegieter* obs. iur. rom. lib. 3. cap. 5.
(2) *Ant. Matthaei* A. F. A. N. commentar. ad I. h. t. n. 71.
(3) *Cannegieter* l. c. lib. 1. cap. 14.

§. 266. Was sind res und personae sanctae?

Sanctum heißt alles, was in einem höhern Grade unverletzlich ist; woran

woran sich niemand bey schwerer Strafe vergreifen darf. Man hat daher heilige Sachen, und heilige Personen. Heilige Sachen waren die Stadtmauern; der Gang ausser der Mauer (pomoerium); die Pallisaden des Lagers, (vallum); die Thore; die Statuen der Kayser, die Grenzsteine ꝛc. Heilige Personen waren die Eltern, Patronen, Volkstribunen, die Gesandten, die Kayser ꝛc.

§. 267. Fortsetzung.

Niemand konnte daher 1) etwas in die Mauer oder Thore bauen; z. E. einen Keller hinein graben, Balken hinein legen, ein Gebäude darauf setzen. 2) Nicht einmal repariren durfte man sie ohne des Landesherrn, oder in den Provinzen ohne des Gouverneurs Einwilligung. 3) Wer aus feindseligen Absichten über die Mauern (* 1) stieg, oder sie verdarb, hatte das Leben verwirkt. Daß Remus von seinem Bruder Romulus unter diesem Vorwande erschlagen wurde, ist aus der Römischen Geschichte bekannt.

(1) Ob dieses Gesetz auf alle oder nur auf die Stadtmauern Roms gehe, ist zweifelhaft. *Wissenbach* Disput. ad Instit. 9. §. 19. *Hunn.* resolut. pag. 252.

§. 268. Ideen der ersten Christen in Ansehung der heiligen Sachen.

Daß das bisher vorgetragene nach Aberglauben schmecke, bedarf kaum einer Erinnerung. Denn eine aberglaubige Idee ist es, daß gewisse Sachen ein besonderes Eigenthum, eine Wohnung der Götter seyen, und in den Gräbern manes oder Geister sich aufhalten (* 1). Indessen hat sich doch die Meynung, daß eine Sache durch die Consecration eine innere Heiligkeit erhalte, und ein besonderes Eigenthum Gottes werde; daß diese Sachen also nicht taxirt, nicht verpfändet und nicht veräußert werden dürften, auch bey den Christen erhalten. Die heydnische Priester hatten sie zu ihrem Vortheil ausgedacht. Denn wenn eine heilige Sache nicht wieder profan werden kann: so wird die Zahl dieser Sachen immer vermehrt und nie vermindert. Den Kirchenvätern, welche in der Philosophie nicht sehr stark waren, schienen diese Grundsätze fromm und religiös, und die Clerisey fand ihre Rechnung dabey. Daher wurden Kirchen, Mauern, Altäre, Gräber u. s. w. theils Gott, theils den Heiligen geweihet; und die Lehre, daß diese Dinge dem Commerz dadurch entzogen würden, herrscht im Titel des Codex de S. S. Ecclesiis, und im ganzen canonischen Rechte.

(1) *Casp. Achat. Beck* posit. ex iur. var. Spec. 1. posit. 6.

§. 269. Was sind res ecclesiasticae?

Man behielt also die res sacras bey, und es kam noch eine neue Art von Dingen dazu, die res ecclesiasticae, welche darin von jenen unterschieden sind, daß

daß jene unmittelbar, diese nur mittelbar zum Gottesdienst abzwecken. Man versteht nemlich darunter Kirchengüter, liegende Gründe, Capitalien, Zehenden und andere Gefälle, welche zur Besoldung der Kirchendiener, Unterhaltung der Kirchengebäude, und Bestreitung anderer Ausgaben dienen. Diese Dinge können veräussert werden, wenn es nöthig, oder der Kirche nützlich ist. Die Veräusserung ist also erlaubt, wenn die Kirche Schulden hat, und sie nicht anderst als durch Angreifung ihrer Güter tilgen kann. Oder die Kirche hat liegende Güter, die sich schlecht verintereſſiren; das Kaufgeld aber kann sicher und auf höhere Zinsen ausgeliehen werden. Nur ist nöthig, daß der Bischof eine Untersuchung anstelle, und alsdann ein Veräusserungsdecret ertheile (* 1).

(1) Das Römische und canonische Recht erfordern bey dieser Veräusserung eine Menge Feyerlichkeiten; die aber in der Praxis grosseutheils nicht beobachtet werden. *Leyser spec.* 24. med. 1.

§. 270. Lehrsätze des canonischen Rechts von den religiosen Sachen.

Das canonische Recht hat auch die res religiosas beybehalten: wiewohl nicht ganz in dem Sinne, wie das Römische Recht. Es rechnet nemlich unter die res religiosas nicht nur Gräber und Todtenäcker, sondern auch alle milde Stiftungen, (quae piae causae inserviunt,) **Hospitäler**, (xenodochia) **Wayſenhäuſer**, (orphanotrophea) und **Armenhäuſer** (ptochotrophea). Daher werden die Todtenäcker mit Weihwasser benediciret, und sind der geistlichen Jurisdiction des Bischofs unterworfen. Auch werden Ketzer, Heyden und Excommunicirte nicht auf solche geweihte Gottesäcker begraben. Protestanten aber dürfen nach den im Religions- und Westphälischen Frieden aufgestellten Grundsätzen davon nicht ausgeschlossen werden.

§. 271. Protestantische Begriffe.

Was die Lehre der Protestanten in diesem Punct betrift: so glauben wir 1) nicht, daß Sachen, welche bey dem Gottesdienst gebraucht werden, eine innere Heiligkeit hätten, und ein besonderes göttliches Eigenthum, mehr als andere Dinge, wären. Will jemand indessen diese Dinge res sacras nennen: so kann man ihm die Benennung wohl erlauben. 2) Wir veräussern auch diese Sachen, so wie die res ecclesiasticas, wenn es die Noth, oder der Nutzen der Kirche erfordert; nur muß das Consistorium die Sache untersuchen, und die Alienation erlauben. 3) Wir haben geheiligte Sachen und geheiligte Personen (res sanctas et personas sanctas, und noch mehr als die Römer. Alle öffentliche Personen, Gesandte, Obrigkeiten, Gerichtsdiener, Soldaten, doch die drey letztere nur alsdann, wenn sie in der Ausübung ihres Amtes und Dienstes begriffen sind, sind heilig. Denn wer sie alsdann

beleidiget, setzt sich einer härtern Strafe aus. Geheiligte Sachen sind a) Residenzen und Wohnungen des Landesherrn; auch andere Oerter, an welchen vermöge besonderer Gesetze Niemand bey schwerer Strafe freveln darf. Man nennt diese Heiligkeit der Residenzen, Schlösser und anderer privilegirten Oerter den **Burgfrieden.** b) Einem jeden sein eigenes Haus; denn wer mich in meinem Hause beleidigt, ist strafbarer, als wer es anderwärts thut; er beleidigt, wie man sagt, den **Hausfrieden** (* 1). c) die öffentliche Oerter, wo jemand sein Amt ausübt, z. E. Hörsäle, Fechtboden, Tanzboden, Reitbahne ꝛc. 4) Will jemand Gräber und Todtenäcker res religiosas und divini iuris nennen (* 2): so ist es kein Fehler. Aber da wir an die manes nicht glauben: so rechnet man doch schicklicher diese Dinge unter die res sanctas. Denn wer sich daran vergreift, wird mit einer härtern Strafe belegt, als wer andere Sachen violirt. Die Begräbnisse in Kirchen und auf Todtenäckern sind auch bey uns dem Commerz nicht entzogen, sondern können verkauft, verschenkt, vermacht werden, u. s. w. so gut wie andere Dinge. Endlich weihen wir auch die Todtenäcker nicht, und schliessen daher keine christliche Secte, auch keinen Ketzer davon aus.

(1) *Io. Sam. Stryk* diss. de sanctitate residentiarum. Estors kl. Schriften, 2 Th. 467. u. f. Seite.
(2) *Georg Beyer* diss. de violatione securitatis domesticae, in opusc. n. 7. *Frid. Gottl. Struv.* tract. de pace domestica, Ien. 1713. 4. *Ferd. Gerdes* diss. de pace domest. in Opp. part. 2. p. 225. sqq.
(3) Wie *Pufendorf* animadvers. 41. §. 3.

§. 272. Eintheilung der rerum humani iuris.

Die res humani iuris sind entweder in dem **Eigenthum der Menschen**, oder nicht. Die letzte heissen *res communes*, oder auch *communes iure naturali*, *communes omnium hominum*, *communes negative tales*, *res nullius*, **herrenlose Sachen.** Die erste sind entweder im Eigenthum eines ganzen **Volkes**, oder einer **Universitas**, oder einzelner Menschen; also entweder **Staatsgüter** (*res publicae*), oder **Allmandsgüter, Allmeyen, Allmenden** (*res universitatis*), oder **Privatvermögen** (*res privatae*, *res singulorum*). S. die 10. Tabelle. Hiebey ist noch zweyerley anzumerken: 1) Der Ausdruck res communes bezeichnet in allgemeiner Bedeutung alle Dinge, auf welche mehrere Menschen ein gleiches Recht haben, folglich nicht allein die res nullius, sondern auch publicas, universitatis und privatas, die mehr als einem Menschen gehören. Eben so bedeutet 2) das Wort publicae res zuweilen alle Sachen, welche nicht im Eigenthum einzelner Menschen sind, begreift also die res nullius, res populi und res universitatis. Daher kommt es, daß die Römische Juristen dieselbe Sache bald zu den rebus publicis, bald zu den communi-

munibus rechnen (* 1). Daß sie aber gar keinen Unterschied zwischen rebus publicis und communibus gemacht hätten, wie einige behaupten (* 2), ist ohne Grund (* 3).

(1) *Waechtler* in not. ad *Noodt.* probabil. lib. 1. cap. 7. in eius opusculis p. 220. *Westenberg* ad Pand. lib. 1. tit. 8. §. 15. sqq.

(2) *Noodt* probabil. lib. 1. cap. 7. et 8. *Gundling* ad Dig. lib. 1. tit. 8. §. 14. *Barbeyrac* ad *Grot.* de iure bell. et pac. lib. 2. cap. 3. §. 9. not. 5. *Cocceii* ad *Grot.* l. c. p. 387.

(3) *Donell* in commentar. iur. civ. lib. 4. cap. 2. 3. 4. *Maranus* in paratitl. Digest. lib. 1. tit. 8. p. 133. *Vinnius* ad pr. Inst. h. t. *Schulting* in enarrat. ad Pand. lib. 1. tit. 8. §. 3. *Huber* praelect. ad Inst. h. t. *Costa* in not. ad pr. Inst. h. t. *Waechtler* l. c. p. 255. sqq. *Otto* ad pr. Inst. h. t. *Wieling* lect. iur. civ. lib. 1. cap. 2. p. 37. *Gottfr. Mascov* ad *Pufendorf.* de I. N. et G. lib. 5. cap. 5. §. 2. not. 4. p. 538. *G. L. Boehmer* diss. de iure Principis circa loca et opera publica, cap. 2. § 5. sqq. in Elect. iur. civ. tom. 1. p. 594. sqq.

§. 273. Was sind res nullius, publicae und universitatis?

Sachen also, welche in keines Menschen Eigenthum sind, die aber doch jedermann gebrauchen darf, heissen nullius; publicae res gehören einem ganzen Staat, einem ganzen Volk. Res universitatis endlich sind im Eigenthum einer Universitas. *Universitas*, nemlich *personarum*, ist eine Gesellschaft mehrerer Menscheu im Staat, welche sich unter öffentlicher Auctorität zu einem gewissen und beständigen Zweck vereiniget haben (* 1). Dergleichen sind Stadt- und Dorfgemeinden, Gilden oder Zünfte, Academien u. s. w.

(1) *Casp. Henr. Horn* diss. de possessione universitatis et quomodo ab eadem possideatur. (Viteb. 1701.) §. 6. sqq. *G. L. Boehmer* diss. cit. cap. 1. §. 13. p. 578. sqq.

§. 274. Sachen, die zu jeder Gattung gehören.

Herrenlose Sachen sind nach den Grundsätzen des Römischen Rechts a) die Luft. Denn niemand ist Eigenthümer derselben; jeder Mensch aber kann sie gebrauchen, wie und wozu er will. Nur bemerke man, daß die Luftsäule, welche über einem Grundstück stehet, dem Herrn des Grundstücks gehört, dergestalt, daß kein anderer einen Theil seines Gebäudes, Erker, Wetterbach u. d. gl. hinein ragen lassen darf. (§. 359.) Ferner b) das vorbeyfliessende Wasser. Aus einem Flusse nemlich kann jeder Mensch Wasser schöpfen, so viel er braucht. c) Das Meer. Die See ist niemanden eigen; niemand darf nach Römischem Recht abgehalten werden, sie zu beschiffen. Auch d) die wilden Thiere gehören nach Römischem Recht unter die res nullius; daher ist jedermann die Jagd erlaubt. Publicae res sind die Seeküsten, die Flüsse, Ufer der Flüsse (* 1), Seehäfen, Landesstrassen, öffentliche Plätze,

fundi publici, Aecker, Wiesen, welche dem ganzen Staat gehörten ꝛc. Das Schöpfen des Flußwassers nemlich ist, wie gesagt, jedem Menschen erlaubt; allein die übrige Nutzungen der Flüsse gehören dem Volk, durch dessen Territorium sie fliessen. Eben so verstatteten die Römische Gesetze allen Menschen einen unschädlichen Gebrauch der Seeküsten; allein die Küste selbst, so wie die Häfen, und die daraus zu ziehende Nutzungen eigneten sie dem Volke zu, in dessen Gebiet sie sich befinden. Res universitatis sind die Schauspielhäuser, Rennbahnen, (stadia) Rathhäuser, liegende Güter, Wälder, Wiesen, Aecker, Viehtriften, Gefälle und Capitalien, die einer Universitas gehören, gemeine Brunnen, Backöfen, Brauhäuser ꝛc.

(1) Wie dieß zu verstehen sey, erklärt §. 4. I. h. t. Riparum quoque *usus publicus* est iure gentium, sicut ipsius fluminis. Itaque naves ad eas adpellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere cuilibet liberum est, sicut per ipsum flumen navigare. Sed *proprietas* earum illorum est, *quorum praediis haerent;* qua de causa arbores quoque in eisdem natae eorumdem sunt.

§. 275. Zwey Gattungen der rerum universitatis und publicarum.

Sowohl die res publicae, als die res universitatis sind von zweyerley Art. Nemlich die publicae sind entweder *publicae res* im strengen Verstand, oder *patrimonium populi*; und die res universitatis ebenfalls entweder eigentliche *res universitatis*, oder *patrimonium universitatis*. Publicae res in eigentlichem Verstand sind ein Eigenthum des ganzen Volkes, und jeder Bürger darf sie gebrauchen. Dergleichen sind die Flüsse, Ufer der Flüsse, Seehäfen, Landstrassen. Hingegen solche Dinge, welche zwar dem ganzen Volk gehören, aber doch nicht jedem einzelnen Bürger zum Gebrauch verstattet sind, gehören zum patrimonio populi s. reipublicae. Dahin gehören die fundi publici und alle Einkünfte des Staates (*1). Auf gleiche Weise versteht man unter den eigentlichen rebus universitatis Sachen, welche der ganzen Universitas gehören, und jedes Mitglied der Universitas gebrauchen darf. Unter dem patrimonio universitatis aber Dinge, deren Gebrauch nicht jedem Mitglied der Universitas erlaubt ist, sondern deren Nutzungen zum gemeinen Besten der Universitas verwendet werden. Z. E. gemeine Triften, gemeine Brunnen, Backöfen, Brauhäuser, Todtenäcker sind res universitatis in engerer Bedeutung; denn jedes Mitglied der Gemeinde kann Gebrauch davon machen. Aber Capitalien und Gefälle gehören zum Patrimonium der Universitas. Denn sie werden zu Bestreitung der gemeinen Ausgaben verwendet, und die einzelne Mitglieder der Universitas sind nicht befugt, sie zu benutzen. So war auch bey den Römern ein servus publicus keine res universitatis

ſitatis ſtricte, ſondern patrimonium univerſitatis. Er mußte im Dienſt der ganzen Univerſitas, aber nicht jedes einzelnen Mitglieds arbeiten.

(1) L. 6. pr. de contrah. emt. *G. L. Boehmer* diſſ. cit. cap. 1. §. 2.

§. 276. Deutſches Recht.

Die bisher vorgetragene Grundſätze des Römiſchen Rechts ſind heutigestages nicht durchaus angenommen. Denn nicht jeder Bürger darf die Dinge gebrauchen, welche der Römer ad res nullius oder publicas ſtricte rechnet, und jedem Menſchen oder Bürger zu brauchen erlaubt. Sie ſind an den meiſten Orten zu den Regalien gezogen worden. Die Landesherren haben den Gebrauch dieſer Dinge größtentheils an ſich gezogen, weil ſie einen anſehnlichen Nutzen daraus ziehen können; anſtatt, daß, wenn ſie publik ſind, und jedem zum Gebrauch frey ſtehen, ſie bald erſchöpft und zernichtet werden. Z. E. aus der Jagd und Fiſcherey kann der Landesherr Nutzen ziehen, wenn ſie ihm allein zuſteht; aber ſobald jedermann jagen und fiſchen darf, wird die Wildbahn und Fiſcherey in kurzer Zeit gänzlich ruinirt ſeyn. Auch die Luft, ſobald daraus ein wichtiger und beſonderer Nutzen gezogen werden will, gehört dem Landesherrn. Daher kann niemand ohne deſſen Erlaubniß eine Windmühle anlegen (*1). Ueber das Eigenthum des Meeres iſt in den neuern Zeiten viel geſchrieben worden. Beſonders iſt des Grotius Schrift mare liberum, und Seldens mare clauſum berühmt. Allgemeines und willkührliches Völkerrecht ſtimmen darin überein, daß der Ocean niemanden eigenthümlich zugehöre, noch zugehören könne; daß aber kleinere Meere im Eigenthum eines Volks ſeyn können, und daß auch der an das Land gränzende Theil des Oceans dem Volk gehöre, welchem das Land gehört.

(1) *Sam. Stryk* diſſ. de iure Principis aereo, cap. 4. n. 16. Opp. tom. 5. p. 624. *Klock* de aerar. lib. 2. cap. 8. n. 3.

§. 277. Von Privatſachen.

Privatgüter ſind Sachen, die einzelnen Menſchen gehören, das heißt einem oder mehrern; nur müſſen die mehrere kein Volk ausmachen, ſonſt iſt die Sache res publica; auch keine univerſitatem; denn in dieſem Fall wäre es res univerſitatis.

§. 278. Eintheilung der Sachen in res univerſales und ſingulares.

Die zweyte Eintheilung der Dinge, welche in dieſem Titel vorkommt, iſt die in einzelne und allgemeine, *res ſingulares* und *univerſales*. Res ſingularis nemlich heißt 1) eine körperliche Sache, die entweder a) zuſammenhängende homogene Theile hat, dergeſtalt, daß man nicht ſagen kann, hier hört der eine Theil auf, hier fängt der andere an, *corpus unitum*, wie es in

der angeführten L. 30. heißt, z. E. ein Tisch, ein Bogen Papier; oder b) deren Theile zwar von verschiedener Art, aber doch mit einander verbunden sind, *corpus connexum*, z. E. ein Haus, eine Uhr. 2) Wird auch ein einziges Recht, z. E. das Eigenthumsrecht auf eine Sache, eine Servitut u. s. w. res singularis genennt. Res universalis aber, oder universitas rerum bestehet aus mehreren, von einander verschiedenen und abgesonderten Dingen, die zusammen als Ein Ding angesehen, und unter Einem gemeinschaftlichen Namen begriffen werden. Z. E. eine Erbschaft kann aus vielerley beweglichen und unbeweglichen, körperlichen und unkörperlichen Dingen bestehen. Diese alle zusammen aber werden Erbschaft genennt, und als Ein Ding angesehen. Daher ist die Erbschaft eine res uuiversitatis, oder universitas rerum. Eine Bibliothek besteht aus mehreren Büchern, die aber zusammen ein ganzes ausmachen, und einen gemeinschaftlichen Namen führen. Sie ist also auch eine universitas, oder res universalis.

Diese universitates aber sind wieder zweyerley, entweder *iuris*, oder *hominis seu facti*. Die universitas iuris ist a) von den Gesetzen selbst für eine universitatem erklärt; b) die Gesetze verordnen, daß bey ihr die Regel gelten soll: surrogatum sapit naturam eius, in cuius locum surrogatum est, oder pretium succedit in locum rei et res in locum pretii; das heißt, wenn eine Sache verkauft wird, die zu einer universitate iuris, z. E. einer Erbschaft gehöret: so ist der Kaufschilling auch ein Erbschaftsstück (pretium succedit in locum rei); desgleichen wenn der Besitzer einer Erbschaft Geld aus der Erbschaftsmasse nimmt, und damit eine Sache für die Erbschaft (hereditatis causa) ankauft: so wird auch diese Sache ein Erbschaftsstück (res succedit in locum pretii). c) Die universitas iuris kann Rechte in sich fassen, z. E. zu einer Erbschaft können Activforderungen gehören.

Alles dieses verhält sich anders in der universitate hominis oder facti. Diese ist a) von den Gesetzen nicht als eine universitas anerkannt. b) Die Regel gilt bey ihr nicht, res succedit in locum pretii, et pretium in locum rei, so wenig als bey einer re singulari. Wenn z. E. jemand ein Waarenlager als das Seinige besitzt, das mir gehört, und etwas daraus verkauft: so ist das Geld nicht mein. So auch, wenn jemand eine einzelne mir gestohlene Sache verkauft: so ist der daraus erlöfete Kaufschilling nicht mein (*1). Und wenn jemand mit meinem Geld eine Sache kauft: so ist die Sache darum nicht mein (*2). c) Die universitas hominis kann keine Gerechtigkeiten und Ansprüche in sich fassen.

Universitates iuris finden sich im Römischen Recht nur zwey: Erbschaft und *peculium*. Erbschaft heißt das gesammte Vermögen eines Verstorbenen, peculium das Vermögen eines filii familias. M. s. unten §. 451. sqq. Hingegen

gegen giebt es unzählige universitates hominis; z. E. eine Bibliothek: eine Heerde; ein Waarenlager; die Brautgabe einer Ehefrau; das Ameublement eines Hauses; das Inventarium oder Schiff und Geschirr eines Landgutes; das Handwerkszeug eines Professionisten; das Sortiment eines Buchhändlers, in Sachsen die Gerade und das Heergewette ꝛc.

(1) L. 48. §. ult. D. de furt.
(2) L. 21. C. de probat. (IV. 19.)

§. 279. Die Dinge sind entweder res mancipi, oder nec mancipi.

Die dritte Eintheilung der Dinge ist: res vel *mancipi* sunt, vel nec *mancipi*. Die Beschaffenheit dieser Eintheilung ist nicht ganz ausgemacht. Bynkershoek, Conradi, Hommel, Meermann, Roßmann und andere haben in besondern Schriften davon gehandelt (*1). So viel weiß man wohl aus der angeführten Stelle Ulpians, daß die Häuser und liegende Güter in Italien mit den ihnen anklebenden Rechten, die Sklaven und Lastthiere res mancipi waren. Allein was war das Fundament und der Nutzen dieser ganzen Distinction? Pufendorf am a. O. glaubt, daß es in dem Census liege. Ein jeder Römer mußte seine Häuser, liegende Güter, Sklaven und Lastthiere in dem Schatzungsprotocoll einzeln und namentlich angeben, sein übriges Vermögen taxirte er überhaupt, und gab nur die Summe an. Jene Sachen, die man namentlich protocollirte, hiessen res mancipi, alle andere nec mancipi. Die res mancipi konnten auch nicht anderst von einem Burger auf den andern übertragen werden, als durch eine solenne Handlung, welche *mancipatio* oder *nexus* hieß (*2), und bey der wahrscheinlich eine öffentliche Person zugegen war. Diese mancipatio hatte also ungefehr den Endzweck, wie das Ab- und Zuschreiben in den Steuerbüchern, welches heutigestages gewöhnlich ist, wenn liegende Güter veräussert werden. Justinian hat diese ganze Eintheilung aufgehoben.

Die vierte Distinction der Dinge, die Eintheilung nemlich in körperliche und unkörperliche, wird in einem eigenen Titel, im zweyten dieses Buchs vorkommen. Wir gehen also, nachdem wir den ersten Theil unsers Titels, *de rerum divisione*, abgehandelt haben, zum zweyten, *de adquirendo earum dominio*, über.

(1) Man s. die Liveniſche Bibliothek, im Wort *res mancipi*, und *Wernher* vol. 3. part. 1. obs. 13.
(2) *Gottfr. Mascov.* opusc. p. 104. sqq.

§. 280. Das Recht ist entweder dinglich, oder persönlich, oder Possessionsrecht, oder Recht zu occupiren.

Das Recht, welches einem Menschen in Ansehung einer Sache zusteht, heißt

heißt *ius rerum.* Dieses ist dreyerley: *ius in re*, *ius ad rem*, und *ius possessionis.* (S. die II. Tabelle) (*1). Wenn mir ein Recht unmittelbar auf eine gewisse Sache zustehet, und ich vermöge dessen gegen jeden Besitzer der Sache, welcher mir die Sache vorenthält, oder mich in der Ausübung meines Rechtes stöhret, klagen kann: so heißt es ein dingliches Recht, *ius in re.* Kommt mir aber 2) das Recht gegen eine Person zu, welche verbunden ist, mir etwas zu thun, oder zu geben: so heißt es ein persönliches Recht, *ius ad rem.* Endlich 3) wenn ich eine Sache besitze: so habe ich um dieses Besitzes willen gewisse Befugnisse, und diese heissen *ius possessionis.* Insgemein sagt man: omne ius rerum *vel est in re*, *vel ad rem*, und läßt das ius possessionis aus. Allein ohne Grund. Denn dieses Recht ist eine eigene Gattung, die sich weder unter das ius in re noch unter das ius ad rem bringen läßt (*2). Die Eintheilung des Sachenrechtes ist also unvollständig, wenn man diese Gattung wegläßt. Vom Possessionsrecht wird §. 281. 282. und 283, vom dinglichen und persönlichen Rechte §. 284. u. f. f. gehandelt werden.

(1) Ich habe in den vorigen Ausgaben auch das ius occupandi als eine vierte Gattung des dinglichen Rechtes genennt. Allein da dieses Recht nichts als ein Ausfluß der natürlichen Freyheit ist, auch keinen bestimmten Gegenstand hat: so habe ich es jetzt unter den Gattungen des dinglichen Rechtes weggelassen.

(2) Dieß zeigt *Friesen* diss. de genuina possessionis indole, §. 5. sqq. ausführlich.

§. 281. Was ist das Possessionsrecht?

Um die Natur des Possessionsrechts einsehen zu können, müssen wir zuvor lernen, was die Possession mit ihren verschiedenen Gattungen ist, und um dieß zu lernen, den Begrif der Detention verstehen.

Ich detinire eine Sache, wenn ich das physische Vermögen habe, darüber zu disponiren, wenn es meine Kräfte erlauben, mit der Sache vorzunehmen, was sich damit vornehmen läßt. Die Possession oder der Besitz aber heißt Detention einer körperlichen Sache, mit der Absicht, sie zu behalten. Also zum Besitz gehöret a) Detention, oder physisches Vermögen, über die Sache zu disponiren, dieses drückt man auch sonst so aus: possessio est *facti*, non *iuris*, der Besitz ist ein physisches Vermögen, kein moralisches, keine Befugniß. Eine Sache, über welche ich nicht disponiren kann, sobald ich will, besitze ich nicht. Daher behauptet Paullus (*1) mit Recht, daß man wilde Thiere in *vivariis*, d. i. die in engen Behältern, wo man sie greifen kann, und Fische in Fischkästen, *piscinis*, besitze; aber nicht die Thiere, quae in *sylvis circumseptis* vagantur, und Fische *in stagno*, in Teichen. Denn jene kann man haben, wenn man will, diese nicht. Wenn aber daraus manche Juristen den Schluß ziehen, daß ich von dem Wild in meinem umzäumten

Wald

Wald und von den Fischen in meinem Teiche nicht Eigenthümer sey: so ist der Schluß ungegründet. b) Eine körperliche Sache. Rechte oder Befugnisse sind nur im Quasibesitz. (§. 282.) c) Absicht die Sache zu behalten; nicht gerade als eigen zu behalten, aber doch zu behalten, z. E. als Miethsmann, als Pfandgläubiger, als Depositar, u. s. w. Wer also 1) gar keine solche Absicht hat, der ist nicht Besitzer, sondern bloser Detentor. Z. E. jemand, der bey mir zum Besuch war, vergißt bey dem Abschied seinen Degen mitzunehmen. Von diesem Degen bin ich nicht Besitzer, sondern bloser Detentor, weil ich ganz und gar keine Absicht habe, ihn zu behalten. Oder ein anderes Beyspiel aus der L. 41. D. de A. v. A. P. qui iure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere; quia non eo animo ingressus est, ut possideat, licet corpore in fundo sit.

2) Bey der Possession sind drey Fragen zu beantworten: a) wie wird sie erworben, b) wie erhalten, und c) wie verlohren? Sie sind leicht zu beantworten, wenn man die vorhin gegebene Erklärung des Besitzes vor Augen behält, und wenn irgend eine juristische Lehre beweißt, wie nöthig und nützlich auch in der Jurisprudenz richtige Definitionen sind: so ist es die Lehre vom Besitz. Die ältere Rechtsgelehrten haben sich um eine genaue Definition des Besitzes viele Mühe gegeben, aber die richtige nicht gefunden. Daher ist die Materie vom Besitz immer schwer und dunkel geblieben, und es sind viele Streitigkeiten entstanden, welche unterblieben seyn würden, wenn man von dem Wesen des Besitzes einen richtigen Begrif gehabt hätte.

Also die erste Frage ist: wie wird der Besitz erworben? und die Antwort: a) wenn ich mir das physische Vermögen erwerbe, über die Sache zu disponiren; b) die Absicht habe, sie zu behalten (*2); und c) beydes durch ein körperliches Factum zu erkennen gebe. Nemlich eine schriftliche oder mündliche Erklärung, daß ich im Besitz sey, oder ihn haben wolle, ist nicht hinreichend (*3); sondern ich muß noch ein anderes Factum mittelst Bewegung meines Körpers vornehmen; durch ein äusserliches Zeichen zu erkennen geben, daß ich im Besitz sey. Z. E. wenn ich in ein Haus gehe, es auf- und zuschliesse; oder Feuer auf dem Heerd anzünde; oder Späne aus den Posten schneide; eine Erdscholle in dem Garten ausgraben lasse; wenn ich eine bewegliche Sache mit der Hand ergreife, oder in meine Wohnung tragen lasse: wenn ich den Fisch an der Angel, den Vogel im Netz habe; wenn ich das Weinfaß versiegle ꝛc. ꝛc. Adipiscimur possessionem corpore et animo; neque per se animo, aut per se corpore, sagt L. 3. §. 1. D. de A. v A. P. Dieses körperliche Factum heißt *adprehensio possessionis*, die Besitzergreifung.

Die zweyte: Wie lang erhält man sich im Besitz? So lange, als man das physische Vermögen hat, über die Sache zu disponiren, und die Absicht, sie zu behalten.

Die dritte: Wann ist der Besitz verlohren? Sobald eines von seinen wesentlichen Erfordernissen aufhört, sobald ich entweder das physische Vermögen nicht mehr habe, darüber zu disponiren, oder die Absicht nicht mehr, die Sache zu behalten. Wenn mir also die Sache gestohlen wird, oder wenn ich sie verliere: so hört der Besitz auf, weil ich das physische Vermögen zu disponiren nicht mehr habe; und wenn ich eine Sache derelinquire, z. E. einen Acker, der das Bauen nicht verdient, wüst liegen lasse: so hört der Besitz auf, weil die Absicht, die Sache zu haben, nicht mehr vorhanden ist. Der Umstand allein, daß sich ein anderer einer Disposition über meine Sache anmasset, macht nicht, daß ich den Besitz verliere. Erst alsdann ist mein Besitz verlohren, wenn ich über die Sache disponiren will, und der andere mich abhält, si revertentes nos aliquis repellat, wie es in der L. 25. de A vel A. P. heißt; oder wenn ich höre, daß sich einer in den Besitz gesetzt habe, und mich fürchte, ihn zu depossediren, si suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem. Denn jetzt ist erst das physische Vermögen, über die Sache zu disponiren, verlohren (*4).

3) Was heißt aber die Redensart: *dolo possidere desii*, die so oft bey den Juristen vorkommt? Wenn ich eine Sache besitze, die einem andern gehört, und sie aus meinem Besitz wegschaffe, nur um den andern darum zu bringen: so sagt man: *dolo possidere desii*. Z. E. ich besitze einen Hund, höre, daß ihn jemand vindiciren will, schlage ihn deswegen todt, oder verkaufe ihn an einen Durchreisenden, damit nur der Eigenthümer ausser Stand gesetzt werde, die Vindicationsklage anzustellen.

(1) L. 3. §. 14. D. de A. vel A. P. eine Stelle, über welche viel geschrieben worden ist. S. *Grotius* de I. B. et P. lib. 2. cap. 8. §. 2. *Pufendorf* de iur. nat. et gent. lib. 4. cap. 6. §. 11. ibique *Mascov. Hotomann* lib. 8. obs. 7. *Noodt* obs. lib. 1. cap. 11. *Wieling* lect. iur. civ. lib. 1. cap. 4. *Crell* diss. de vivariis, §. 9.

(2) Ein Rasender kann daher keinen Besitz erwerben. L. 1. §. 3. L. 18. §. 1. D. de A. v. A. P. Was Rechtens ist, wenn Jemand in meinem Namen ohne mein Vorwissen den Besitz ergreift, s. bey *Pufendorf* tom. 1. obs. 8.

(3) *Pufendorf* l. c. obs. 9.

(4) Von den Fällen, wo mein Besitz ohne und gegen meinen Willen verlohren geht, handelt umständlich *Stoltenberg* diss. (praesid. *Car. Frid. Walch.* Ien. 1771.) de possessore legum ex sententia non possidente, §. 10. sqq.

§. 282. Eintheilungen des Besitzes.

Bey dem Besitz kann man auf vier Stücke Rücksicht nehmen: a) auf die Absicht

Absicht des Besitzers; b) auf den Grund des Besitzes; c) auf dessen Gegenstand; und d) auf die Art zu besitzen (*1). Sieht man a) auf die Absicht des Besitzers: so ist die Possession entweder *civilis*, oder *naturalis*. Wenn ich nemlich die Absicht habe, eine Sache als die meinige zu besitzen: so besitze ich *civiliter*; wenn ich aber diese Absicht nicht habe, die Sache nur als usufructuarius, commodatarius, depositarius, Miethsmann, oder Pfandglaubiger im Besitz habe: so ist es der natürliche Besitz (*2).

Uebrigens bemerke man, daß die Absicht, die Sache als die meinige zu besitzen, (animus rem iure dominii, s. pro mea habendi) ganz etwas anders ist, als die Meynung, daß ich Eigenthümer sey, opinio domini, wie es in der L. 22. §. 1. D. de noxal. act. heißt. Ein Dieb z. E. kann die Absicht haben, die Sache als die seinige zu besitzen, ob er gleich weiß, daß sie nicht sein ist.

Der Civilbesitzer besitzt entweder eine ihm wirklich eigene oder eine fremde Sache. Im letzten Fall hält er sie entweder aus wahrscheinlichen Gründen für die seinige, oder nicht. Wer eine fremde Sache besitzt, sie aber aus scheinbaren Gründen als sein Eigenthum ansieht, der besitzt *bona fide*, ist ein redlicher, treuer Besitzer. Wer aber weiß, daß die Sache einem andern gehört, und sie doch als die seinige haben und behalten will, sie gar nicht wieder herauszugeben gedenkt; oder zwar die Sache für sein hält, aber dazu nur ganz unerhebliche, offenbar nichtige Gründe hat, der ist *malae fidei possessor*, ein unredlicher Besitzer (*3).

Sieht man b) auf den Grund meines Besitzes: so habe ich entweder einen gerechten Titel oder nicht. Wenn ich einen gerechten Titel habe; das heißt, wenn ein Grund vorhanden ist, der den Gesetzen nach die Wirkung hat, daß er einen Besitz rechtmäßig macht: so heißt er ein rechtmäßiger, oder gerechter Besitz. Ist ein solcher gerechter Titel nicht vorhanden: so bin ich in einem ungerechten, unrechtmäßigen Besitz.

c) Der Gegenstand des Besitzes ist entweder eine körperliche Sache, oder eine Befugniß. Im ersten Fall ist ein wahrer und eigentlicher Besitz vorhanden; im letzten ein analogischer oder Quasibesitz. Der Quasibesitz besteht also in dem physischen Vermögen, ein Recht auszuüben. Man stelle sich z. E. vor, daß ich die Jagdgerechtigkeit habe. Wenn es mir physisch möglich ist, sie auszuüben: so bin ich im Quasibesitz derselben. Wehrt mir es aber ein anderer auf die Jagd zu gehen: ich unterlasse es also, unterstehe mich nicht mehr zu jagen: so hat mein Quasibesitz aufgehört.

Endlich d) kann man auch auf die Art und Weise zu besitzen Rücksicht nehmen; und alsdann ist die Possession entweder körperlich oder blos mental. Körperlich nemlich besitze ich eine Sache, (*corpore* possideo) so lange sie

mir gegenwärtig ist, in meine Sinne wirkt. Z. E. ich besitze das Haus körperlich, wenn ich darin bin. Mentalpossession aber habe ich, (*solo animo* possideo) wenn die Sache abwesend ist, z. E. wenn ich ausser meinem Hause im Feld bin. Man nennt die körperliche Possession auch natürlichen Besitz, und die Mentalpossession auch Civilbesitz. Aber besser ist es diese Benennungen nicht zu gebrauchen, weil sie noch eine andere, vorhin (unter a) erklärte Bedeutung haben, und folglich eine Zweydeutigkeit verursachen.

Noch zwey Anmerkungen habe ich hiebey zu machen. 1) Die alte Juristen nehmen die Wörter possidere, possessio und possessio naturalis in so verschiedener Bedeutung, und widersprechen einander so gerade zu, daß dadurch die ganze Lehre vom Besitz höchst verwirrt geworden ist, und man die Gesetze darüber schlechterdings nicht vereinigen kann (*4). Die neuere haben dieser Confusion durch die Distinction zwischen *possessio naturalis stricte* und *nuda detentio* abhelfen wollen (*5). Allein wenn sie nun bestimmen sollen, welche Besitzer denn naturales stricte, und welche hingegen blosse detentores seyen: so geben sie wieder so verschiedene, zum Theil seltsame und dunkle Antworten, daß man nicht klüger ist, als zuvor.

2) Das Recht, es sey nun in re, oder ad rem, um dessen willen jemand eine Sache besitzt, heißt *causa possessionis*, und von dieser gilt die Regel: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest, d. i. wie es Rettelbladt (*6) sehr gut erklärt: wer eine Sache Anfangs nur als detentor gehabt hat, der kann durch seinen blossen Vorsatz (propositum in mente retentum) seine Detention nicht in einen Besitz verwandeln; und wer eine Sache anfänglich nur naturaliter besessen hat, kann diesen Besitz durch blossen Vorsatz nicht in einen Civilbesitz verändern. Wenn aber ein neues Factum, entweder des Besitzers oder des andern, dazu kommt, welches eine solche Veränderung zu bewirken geschickt ist: so wird die Detention in einen wahren Besitz, oder der natürliche in einen Civilbesitz umgeändert. Z. E. wenn jemand eine Sache als Miethsmann hat: so besitzt er sie naturaliter. Gesetzt er nähme sich vor, die Sache zu behalten, und dem Eigenthümer nie wieder zu geben. Dadurch wird sein Besitz nicht in einen Civilbesitz verwandelt. Kauft er sie aber z. E. dem Eigenthümer ab, oder wird Erbe von diesem: so besitzt er sie nun civiliter.

(1) Von den Eintheilungen der Possession s. *Hotomann* obs. lib. 9. cap. 1. *Oroz.* de apicibus iuris lib. 4. cap. 1. sqq. *Contii* disput. lib. 1. c. 10. in opp. p. 161. *Galvan.* de usufr. cap. 33. p. m. 456. sqq.

(2) Einige nennen den natürlichen Besitz alsdann possessionem naturalem qualificatam, wenn ich zwar die Absicht nicht habe, die Sache als die meinige zu haben, aber doch ein anderes dingliches Recht, z. E. das Pfandrecht darauf auszuüben.

(3) *Christ.*

(3) *Chriſt. Frid. Georg Meiſter* diſſ. de fide eiusque iure in uſucap. et praeſcript. in opuſc. n. 1.
(4) *Leyſer* ſpec. 451. med. 4.
(5) *Kortholt* diſſ. de poſſeſſione ea lege, ne contra tradentem, dum vivit, exerceatur, cap. 1. §. 5.
(6) *Nettelbladt* introduct. in iurisprud. poſitiv. §. 827.

§. 283. Fortſetzung.

Wer ſich im Beſitz einer Sache befindet, hat um dieſes Beſitzes willen viele wichtige Rechte, die man die Vortheile des Beſitzes, *beatitudines poſſeſſionis*, auch *ius poſſeſſionis* nennt. Dieſe Vortheile ſind folgende: 1) der Beſitzer iſt nicht ſchuldig, ſeinen Titel zu ediren und zu beweiſen. Wenn ich nemlich im Beſitz bin, und gefragt werde: aus welchem Grund ich beſitze? ſo bin ich nicht ſchuldig, darauf zu antworten, nicht ſchuldig zu beweiſen, daß ich aus einem rechtlichen Fundament beſitze (*1). 2) Der Beſitzer kann ſich unter gewiſſen Umſtänden die Früchte der Sache, die er beſitzt, zueignen, wenn gleich die Sache nicht ſein gehört. Man ſ. unten §. 329. u. f. 3) Der Beſitzer wird ſo lange im Beſitz geſchützt, bis ein anderer den Beweis führet, daß jenem, dem Beſitzer, die Sache nicht gehöre. Zu dem Ende werden ihm die interdicta retinendae poſſeſſionis gegeben, die wir im Titel de interdictis (lib 4. tit. 10.) werden kennen lernen. Auch wenn er ſeines Beſitzes auf eine ungerechte Art entſetzt worden iſt: ſo wird ihm das interdictum unde vi und das remedium ſpolii gegeben. (§. 1220. 1221.) 4) Ein Beſitzer kann ſich mit Gewalt im Beſitz ſchützen. Die Privatgewalt iſt ſonſt im Staat ſchlechterdings verboten. Wer Recht zu ſuchen hat, muß es bey dem Richter ſuchen. Wenn mich aber jemand in meinem Beſitz ſtöhrt: ſo kann ich ihn mit Gewalt abhalten, und wenn er mich ſchon wirklich aus dem Beſitz vertrieben hat: ſo darf ich mich mit Gewalt wieder hinein ſetzen; nur muß es ſogleich, nicht erſt nach langem Zeitverlauf geſchehen. 5) Wenn jemand mit dem Beſitzer einer Sache Proceß anfängt, und die Argumente von beyden Seiten einander dergeſtalt die Waage halten, daß man nicht weiß, ob der Kläger oder der Beſitzer mehr Recht zu der Sache hat: ſo wird ſie dem Beſitzer zugeſprochen, und der Kläger abgewieſen. 6) Ein merkwürdiger Vortheil des Beſitzers iſt, daß er, wofern er anderſt in bona fide iſt, keine culpam präſtirt; das heißt, wenn ich eine fremde Sache als meine eigene bona fide beſeſſen, und etwas daran verdorben habe: ſo bin ich nicht ſchuldig, dem Eigenthümer dieſen Schaden zu erſetzen. 7) Hat der Beſitzer unter gewiſſen Umſtänden das Retentionsrecht. Man verſteht darunter das Recht, eine Sache, die dem andern gehört, ſo lange nicht aus meinem Beſitz zu laſſen, bis mir der andere leiſtet, was er mir ſchuldig iſt. Z. E. jemand hat mir

einen Reisewagen geliehen; dieser bricht unter Wegs; ich lasse ihn repariren. In diesem Fall bin ich nicht schuldig, den Wagen zurückzugeben, ehe mir die Auslagen ersetzet sind; ich habe also das Retentionsrecht auf den Wagen. Oder jemand kauft mir eine Sache ab, und verspricht baare Zahlung, leistet sie aber nicht. Hier kann ich auf die Sache das Retentionsrecht so lange ausüben, bis mir der Kaufschilling bezahlt ist. Wer mehr von diesem wichtigen Recht zu wissen verlangt, kann sich aus der gründlichen Böhmerischen Abhandlung (*2) belehren.

(1) Die Ausnahmen dieser Regel s. bey *Sam. Stryk* diss. de necessitate edendi titulum possessionis, in opp. tom. 5. n. 25.

(2) *Georg Lud. Boehmer* diss. de iure retentionis, Goett. 1773. in Elect. iur. civ. tom. 2. n. 13.

§. 284. Vom dinglichen und persönlichen Recht.

Die zweyte Gattung des Sachenrechtes ist das dingliche Recht, *ius in re;* die dritte das persönliche Recht, *ius ad rem.* Der Begrif und Unterschied dieser beyden Rechte ist von der äussersten Wichtigkeit. Wenn mir ein Recht zusteht: so ist es entweder unmittelbar mit einer gewissen Sache verknüpft, dergestalt, daß es sich gegen jeden Besitzer der Sache, welcher mir sie vorenthält, oder mich in der Ausübung des Rechtes hindert, wirksam zeigt; oder es kommt mir nur gegen eine gewisse Person zu, welche mir verbunden ist; und ich bin daher befugt, gegen diese Person auf die Erfüllung ihrer Verbindlichkeit zu klagen. Im ersten Fall heißt es *ius in re*, im andern *ius ad rem.* Die Ausdrücke ius in re und ad rem kommen im Römischen Gesetzbuch nicht vor, aber die Sache selbst findet sich auf allen Blättern.

Um die Wichtigkeit dieses Unterschiedes deutlicher einzusehen, stelle man sich folgende drey Fälle vor: 1) Ich habe eine Sache gekauft; sie ist mir aber noch nicht tradirt worden. Nun verkauft sie der Besitzer einem andern, welcher von dem ersten Kauf nichts weiß, und übergiebt sie ihm. Kann ich diesen belangen, daß er mir die Sache herausgebe? Nein; denn ich hatte noch kein dingliches Recht darauf. Ich habe nur ein persönliches Recht gegen den Verkäufer, daß er mich entschädige. Gesetzt aber, die Sache kommt, nachdem sie mir verkauft und tradirt war, in die Hände eines Dritten. Jetzt kann ich sie von jedem vindiciren, weil ich ein dingliches Recht darauf habe. 2) Jemand giebt mir das Recht, die Früchte aus seinem Garten zu ziehen; aber nur als ein *ius ad rem*, durch einen Miethcontract. Nun verkauft er den Garten an einen andern. Kann ich diesen belangen, daß er mich die Früchte geniessen lasse? Nein; denn ich habe nur ein ius ad rem. Man denke sich aber den Fall, daß mir jemand das Recht, die Früchte

aus

aus seinem Garten zu ziehen, als ein *ius in re*, als eine *servitutem ususfructus* ertheilt. Jetzt kann ich diese Früchte fordern, der Garten komme, an wen er wolle. 3) Ich habe an jemand eine Summe Geldes zu fordern, der ein Haus besitzt. So lang dieß sein eigen ist, kann ich verlangen, daß man es verkaufe, und mich von dem Kaufschilling befriedige. Aber wie, wenn er es veräussert? Man sehe zu, ob ich ein dingliches Recht, eine Hypothek auf das Haus gehabt habe, oder nicht. Im ersten Fall kann ich jeden Besitzer belangen, daß er mir das Haus abtrete, so lang ich nicht bezahlt bin; im letztern Fall aber nicht.

Noch zweyerley habe ich über das persönliche Recht anzumerken: 1) das *ius ad rem* und die Obligation sind einander entgegen gesetzt, Correlaten, wie die Philosophen sprechen. Man kann also nicht sagen, wie Westenberg (*1) thut, ius ad rem vocatur uno nomine obligatio. Wenn ich ein ius ad rem gegen den andern habe: so hat dieser eine Obligation gegen mich, und umgekehrt. 2) Beyde übrigens, sowohl das ius ad rem, als die Obligation, beziehen sich allezeit auf eine gewisse Person. Wenn ich ein ius ad rem gegen den A habe: so kann ich daraus gegen ihn, nicht gegen andere Menschen klagen. (§. 725.)

(1) *Westenberg* princip. iur. sec. ord. Inst. h. t. n. 37.

§. 285. Zwey Grundsätze vom dinglichen Recht.

Gleichergestalt sind noch vom dinglichen Recht zwey Sätze zu bemerken. Der erste heißt: *ius in re non est momentaneum.* Ein ius momentaneum nemlich ist, welches nicht länger dauert, als der Besitz. Von dieser Art ist das dingliche Recht nicht. Wenn ich auch den Besitz verliere: so bleibt mir doch mein dingliches Recht auf die Sache. Der zweyte: ein ius in re wirkt eine Klage gegen jeden Besitzer und Stöhrer. Wenn mir ein Erbrecht, ein Eigenthumsrecht, ein Pfandrecht zusteht: so kann ich gegen jeden, der die Erbschaft, der meine Sachen, der das Pfand besitzt, klagen, daß er mir diese Dinge heraus gebe. Wenn ich aber eine Servitut habe, z. E. die Jagdgerechtigkeit in eines andern Waldungen: so kann ich gegen jeden Besitzer des Waldes, welcher mich in der Ausübung dieses Rechts stöhrt, Klage anstellen.

§. 286. Gattungen dieses Rechtes.

Das dingliche Recht hat vier Gattungen (*1): Eigenthumsrecht, Erbrecht, Dienstbarkeit und Pfandrecht. Diese sind folgendergestalt unterschieden; das dingliche Recht besteht entweder 1) in dem Recht, über die Substanz der Sache auf alle Weise zu disponiren, oder 2) in dem Recht, Nutzen aus einer fremden Sache zu ziehen; oder 3) in der Befugniß, mich vermit-

vermittelst der Sache wegen einer Forderung bezahlt zu machen. Im zweyten Fall heißt es *ius servitutis*, Dienstbarkeit; im dritten *ius pignoris*, Pfandrecht. Im ersten Fall aber kommt es mir entweder auf eine einzelne und körperliche Sache zu, oder auf eine ganze Verlassenschaft eines Menschen. Das Recht, über eine einzelne körperliche Sache nach Gefallen zu schalten, heißt Eigenthumsrecht, *dominium*; das Recht über die ganze Verlassenschaft eines Verstorbenen zu disponiren, heißt Erbrecht, *hereditas*, *ius hereditarium*.

Ist denn aber die Possession nicht eine fünfte Gattung des dinglichen Rechtes? Darüber ist ein grosser Streit geführt worden, und ob die Frage gleich eine blosse Schulfrage, ohne practischem Nutzen ist: so kann ich sie doch nicht mit Stillschweigen übergehen. Man bemerke also, daß die Frage a) nicht von der Possession selbst, auch b) nicht vom Recht zu besitzen (iure possidendi), sondern vom Recht des Besitzes (iure possessionis) sey. Der Besitz ist, wie wir wissen, physisches Vermögen, über eine Sache zu disponiren, ist also gar kein Recht, und folglich auch kein dingliches. Das Recht zu besitzen ist ein Theil der meisten dinglichen Rechte. Wer z. E. Eigenthümer einer Sache ist, hat auch das Recht, sie zu besitzen. Auch davon ist also keine Frage. Sondern das ist der Sinn der Streitfrage: ist das *ius possessionis* ein ius in re; gehört es zu den Possessionsvortheilen, (§. 308.) daß man um des Besitzes willen gegen jeden eine Klage anstellen kann? Und um dieses zu beantworten, bemerke man ferner: aus dem Grunde allein: ich habe die Sache besessen, kann ich nicht gegen einen jeden jetzigen Besitzer klagen, daß er sie mir herausgebe. Ich muß zeigen, daß sie mir als ein Erbstück, oder eigenthümlich gehöre, oder verpfändet sey. In so weit also ist das Possessionsrecht kein ius in re. Indessen da doch der Besitzer gegen jeden, der ihn aus dem Besitz setzt, oder darin stöhrt, klagen kann: so läßt sich in dieser Rücksicht wohl sagen, daß die Possession ein ius in re sey.

Nach dem canonischen Recht ist das Possessionsrecht den dinglichen Rechten noch näher gebracht worden. Denn, wenn ich spolirt, das ist, meines Besitzes auf eine ungerechte Art beraubt werde: so kann ich nach dem Cap. 18. X de restit. spoliator. jeden Besitzer, der von dem Spolium Wissenschaft hat, belangen, daß er mir die Sache herausgebe. Ein völliges ius in re ist deswegen das Possessionsrecht nicht geworden. Denn a) wenn ich den Besitz durch einen Zufall verliere, z. E. ich verliere die Uhr aus der Tasche: so kann ich aus dem Grund: ich habe die Sache besessen, nicht gegen jeden Besitzer klagen. Auch b) kann der Besitzer, wenn er vom Spolium keine Wissenschaft hat, nicht belangt werden.

(1) Nicht

(1) Nicht alle Rechtsgelehrten nehmen dieß an, ſondern einige ſtatuiren mehr, andere weniger Gattungen. Man ſ. *Ferd. Aug. Hommel* diſſ. qua quinque iuris in re ſpecies, quas vulgo tradunt, nec ſemper tales eſſe, nec ſolas defenditur, cap. 2. p. 23. ſqq. *Iman. Frid. Rappolt* diſſ. (praeſid. *Heinr. Godofr. Scheidemantel*) de numero ſpecierum iuris in re (Stuttgard 1786.) cap. 1. §. 3. Eine Hauptſchrift in dieſer Materie iſt: *Henr. Hahn* de iure rerum et iuris in re ſpeciebus diſſ. plurimum auctior et correctior cum vindiciis etc. Helmſt. 1664. 4. Hahn wurde durch dieſe Diſſertation in Streitigkeiten verwickelt, deren Geſchichte *Avian* in diſſ. ſyllog. illuſtr. controverſiar. cap. 5. und *Hommel* literatur. iur. p. 268. (edit. I). erzählen.

§. 287. Vom Eigenthumsrecht.

Die erſte Gattung des dinglichen Rechtes iſt das Eigenthumsrecht, *dominium*. Man verſteht darunter das Recht auf eine einzelne körperliche Sache, vermöge deſſen man über dieſelbe auf alle Weiſe diſponiren, und ſie von jedem Beſitzer zurückfordern kann. Alſo iſt a) ein Recht auf eine körperliche Sache. Unkörperliche Dinge, Gerechtigkeiten und Anſprüche ſind nicht im Eigenthum. Es wäre dem Redegebrauch zuwider, wenn man zum z. E. ſagte, ich habe ein Eigenthum auf die Zehendgerechtigkeit, auf eine Schuldforderung (* 1). b) Das Eigenthum ſetzt eine einzelne Sache voraus. So viel einzelne Sachen ich habe, ſo viel verſchiedene dominia ſtehen mir zu. c) Der Eigenthümer iſt befugt, auf alle Weiſe über die Sache zu diſponiren; er kann alle nur mögliche Handlungen damit vornehmen. d) Er kann auch die Sache von jedem Beſitzer abfordern, oder wie die Juriſten reden, vindiciren.

Weil alſo das Eigenthum ein Recht iſt, auf alle mögliche Art über die Sache zu diſponiren, und der möglichen Diſpoſitionen unzählige ſind: ſo kann man das Eigenthum als eine Quelle ſehr vieler Rechte, als ein Ganzes, das aus vielen Theilen beſteht, anſehen. Indeſſen laſſen ſich alle dieſe Rechte auf zwey Hauptclaſſen zurückführen. Der Eigenthümer hat a) das Recht über die Subſtanz der Sache zu diſponiren, ihre Geſtalt zu verändern, ſie zu verbeſſern, zu verderben, zu deſtruiren, zu veräuſſern; b) das Recht, die Nutzungen davon zu genießen. Jenes heißt *proprietas* oder *nuda proprietas* (* 2) dieſes *uſusfructus*. Alſo proprietas und uſusfructus ſind die beyden Haupttheile des Eigenthumsrechts.

Ich habe geſagt: der Eigenthümer iſt befugt, auf alle Weiſe über die Sache zu diſponiren. Indeſſen giebt es Fälle, wo er in der Ausübung ſeiner Rechte durch zufällige Umſtände, Geſetze, Teſtamente, Verträge eingeſchränkt iſt. In dieſem Falle ſchreibt man ihm ein eingeſchränktes Eigenthum, dominium *limitatum* zu. Wenn ich z. E. ein Haus beſitze, deſſen Fenſter auf des

Nachbars Hof gehen, und dieser mir verspricht, die Fenster durch kein Gebäude zu verdunkeln: so ist sein Eigenthum des Hofes eingeschränkt.

(1) Daß das Dominium nur bey körperlichen Sachen statt habe, beweißt ausführlich *Rebhan* in paralipom. Meierianis Decad. 5. Qu. 9. wo auch die Autoren dieser und der gegentheiligen Meynung angeführt sind. Unter andern haben Thomasius und Huber über diese Schulfrage weitläuftig gestritten. S. *Huber* praelect. h. t. n. 12.
(2) §. ult. I. de usufr.

§. 288. Es ist entweder dominium Quiritarium, oder bonitarium.

Das dominium einer res mancipi wurde im alten Römischen Recht in *Quiritarium* sive ἔννομον sive *legitimum*, und *bonitarium* sive φυσικὸν sive *naturale* eingetheilt. Wenn eine res mancipi von einem Römischen Bürger auf eine in den Römischen Gesetzen bestimmte Weise (modo civili) erworben wurde: so erlangte er ein vollkommenes Eigenthum, das eine Vindicationsklage wirkte, und dominium Quiritarium hieß. Wenn hingegen eine res mancipi entweder auf einen Fremden, oder zwar auf einen Bürger, oder doch nicht auf die in den Römischen Gesetzen vorgeschriebene Art, (modo naturali) transferiret wurde: so erhielt er ein unvollkommenes Eigenthum, das kein Vindicationsrecht gab, und dieses hieß dominium bonitarium. Wenn der dominus bonitarius den Besitz verlohr: so konnte er keine Vindication gegen den jetzigen Besitzer anstellen. Diese Distinction paßte also nur auf die res mancipi; denn res nec mancipi waren weder in dominio Quiritario, noch bonitario (*1). Die Erwerbungsmittel, wodurch ein Römischer Burger das dominium Quiritarium erhalten konnte, sind im §. erzählt. Sie waren 1) Erbschaft, 2) Mancipation, das heißt eine feyerliche Uebergabe, die in Gegenwart von fünf Zeugen, einem libripende und antestato (§. 157. §. 438.) geschah; 3) Abtretung vor dem Prätor (*cessio in iure*); 4) Verjährung; 5) *emtio sub corona*, das heißt Erkaufung eines Kriegsgefangenen. Die Benennung kommt, wie einige glauben, daher, weil die Gefangenen bey dem öffentlichen Verkaufe Kronen aufhatten; nach andern, weil sie mit einem Kreise Römischer Soldaten umgeben waren; ferner 6) öffentliche Versteigerung; 7) Adjudication des Richters (*2) und 8) Gesetz. Nemlich es giebt Fälle, wo das Eigenthum ohne factum des Eigenthümers (ipso iure) auf einen andern übergeht. Dahin gehören die Vermächtnisse; (§. 584.) und bona fisco commissa, wenn nemlich dem Fiscus Vermögen zufällt: so erwirbt er es ipso iure (*3); die sui heredes (§. 540.) erwerben die Verlassenschaft des Vaters ipso iure u. s. w. (*4). Justinian hat die ganze Distinction zwischen dominium Quiritarium und bonitarium aufgehoben.

Die Anmerkung sagt: man theilt zwar auch noch jetzt das dominium in civile

civile und naturale ein. Aber dieſe Diſtinction iſt von der eben vorgetragenen ganz verſchieden. Sie kommt blos bey dem Heyrathsgut vor, und wird am angeführten Ort (§. 418.) erklärt werden.

(1) Dieß zeigt *Reuter* in progr. aenigmatis, quod Imperatori in L. un C. de nudo iur. quir. toll. viſum in dominio Quiritario et bonitario ſolutio, Hal. 1755. 4.
(2) Doch hat ſie dieſe Wirkung nur in den ſogenannten drey iudiciis diviſoriis. *Rebhan* paralipom. *Meier* Dec. 8. Qu. 1.
(3) Wenn z. E. Jemand den Zoll verfährt: ſo ſind die Waaren, die er nicht verzollet hat, dem Fiſcus verfallen, und dieſer wird ipſo iure Eigenthümer davon. L. 14. D. de publican.
(4) *Brunquell* diſſ. de adquiſitione dominii ex lege, in opuſc. tom. 1. n. 13.

§. 289. Entweder wiederruflich, oder unwiederruflich.

Wichtig iſt die Eintheilung des Eigenthums in **wiederrufliches** und **unwiederrufliches**. **Wiederruflich** heißt es, wenn es mir dergeſtalt überlaſſen worden iſt, daß es ohne und gegen meinen Willen wieder auf den vorigen Eigenthümer kommen; **wiederruflich**, wenn es auch ohne und wider des Eigenthümers Willen auf den vorigen Eigenthümer zurückfallen kann. Wiederrufliches Eigenthum hat z. E. der Ehemann auf das Heyrathsgut. Denn wenn die Ehe getrennt wird: ſo hört es auch ohne des Mannes Willen auf, und fällt auf die Ehefrau oder deren Erben zurück. Der *donatarius* hat ein wiederrufliches Eigenthum, ſo lang der Schenkende lebt, weil dieſer das Geſchenk zurückfordern kann, wenn jener eine Undankbarkeit begeht. (§. 415.) Wenn ich eine Sache erkauft, und den Verkäufer über die Hälfte lädirt habe: (ihm nicht die Hälfte des wahren Werths bezahlt habe) ſo iſt mein Eigenthum wiederruflich, weil der Verkäufer die Sache zurückfordern kann. (§. 870.) Ferner, wer eine Sache mit dem pacto diſplicentiae, (d. i. mit dem Vorbehalt, binnen einer gewiſſen Zeit vom Kauf abzugehen) oder mit dem pacto addictionis in diem verkauft, (§. 875.) giebt dem Käufer ein wiederrufliches dominium.

Das wiederrufliche Eigenthum iſt aber wieder von zweyerley Art. Zuweilen hört daſſelbe dergeſtalt auf, daß es iſt, als ob ich es nie gehabt hätte: und daß der vorige Eigenthümer eine Realklage gegen jeden Beſitzer der Sache anſtellen kann. Zuweilen aber bin ich nur verbunden, dem vorigen Eigenthümer die Sache herauszugeben; er kann desfalls eine Perſonalklage gegen mich anſtellen, und mein Eigenthum hört erſt von jetzt an auf, da er klagt. Im erſten Fall ſagt man: dominium reſolvitur *ex tunc*, im zweyten aber: reſolvitur ex *nunc*.

Wenn das erſtere geſchieht; wenn das Eigenthum ex tunc reſolvirt wird: ſo hat die Regel ſtatt: reſoluto iure dantis, reſolvitur ius accipientis. Das heißt, wenn der revocable Eigenthümer einer Sache einem Dritten ein Recht

auf die Sache gegeben hat, und sein Eigenthum hört ex tunc auf: so erspirirt auch das dem Dritten verstattete Recht. Z. E. jemand kauft einen Wald mit dem Beding, daß, wenn er den Kaufschilling binnen einem Jahr nicht abtragen würde, der Kauf null und nichtig seyn solle. Nun giebt er mir die Jagdgerechtigkeit in dem Walde, bezahlt aber den Kaufschilling in der gesetzten Zeit nicht. Jetzt hört sein Eigenthum am Wald, und zwar *ex tunc* auf; folglich cessirt auch die mir ertheilte Jagdgerechtigkeit. Wenn aber das revocable Eigenthum ex nunc aufhört: so tritt jene Regel nicht ein. Z. E. jemanden ist ein Wald geschenkt worden; er giebt mir darin die Jagdgerechtigkeit. Nun begeht er eine Undankbarkeit gegen den Schenker; dieser nimmt also den Wald zuruck. Verliere ich auch die Jagdgerechtigkeit? Nein, denn das Eigenthum des donatarii hört nur ex nunc auf (* 1).

(1) *Mich. Grassi* tract. de reditu dominii legali, Tubing. 1724. 4. ist die Hauptschrift in dieser Materie. Aber auch *Io. Paul Trummer* diss. de effectu hypothecae post resolutum dominium constituentis, Lips. 1741. muß ich sehr empfehlen.

§. 290. Entweder Alleineigenthum, oder Miteigenthum, vollständiges oder unvollständiges Eigenthum.

Die dritte sehr practische Eintheilung des Eigenthums (in der 12. Tabelle) ist folgende. Bey dem Eigenthum kann man Rücksicht nehmen a) auf die Person, der es zusteht, b) auf die Rechte, welche es in sich fasset.

Sieht man auf die Person des Eigenthümers: so kommt das Eigenthum entweder einer einzigen Person oder mehreren zu. Im ersten Fall heißt es *dominium solitarium*, im letzten *condominium* oder *communio*. Wenn z. E. dreyen Personen durch Erbschaft ein Acker zufällt: so ist dieser, so lang ihn die Erben nicht unter sich vertheilen, in condominio oder communione. Sobald er getheilt wird, daß jeder Erbe sein besonderes Stück bekommt, hört das condominium auf.

Nimmt man hingegen auf die Rechte Rücksicht, welche im Eigenthum enthalten sind: so ist es entweder dominium *plenum*, oder *minus plenum*, s. *divisum*, s. *dimidiatum*. Wenn nemlich die beyde Bestandtheile des Eigenthums (§. 287.) Nießbrauch und Proprietät zerrissen sind, wenn das Eigenthum zweyen Menschen, A. und B., dergestalt zukommt, daß A. nichts als die Proprietät, B. hingegen Proprietät und Nießbrauch zusammen hat: so ist ein dominum minus plenum vorhanden. A. ist dominus minus plenus, B. ebenfalls. Sind aber die beyden Hauptrechte des dominii nicht getrennt: so heißt es *plenum*.

Ich sage A. hat nichts als Proprietät, B. hat Proprietät und Nießbrauch; das heißt, ohne die Einwilligung des A. kann nicht über die Substanz

stanz der Sache disponirt werden, aber am Nutzen der Sache nimmt er keinen Theil; ohne des B. Einwilligung kann ebenfalls über die Substanz der Sache keine Disposition vorgenommen werden, und er hat zugleich das Recht, die Sache zu besitzen, zu gebrauchen, zu benutzen.

Ein solches dominium minus plenum findet sich z. E. bey Lehngütern, feudis. (§. 14.) Der Lehnsherr hat Theil an der Proprietät, d. i. der Vasall kann für sich allein nicht über die Substanz des Lehnguts disponiren. An den Früchten hingegen hat der Lehnsherr keinen Antheil. Der Vasall hat ebenfalls die Proprietät; denn der Lehnsherr kann ohne den Vasallen auch nicht über die Substanz des Gutes disponiren. Aber der Vasall hat auch zugleich den Nießbrauch, er zieht alle Früchte vom Lehngut.

Nicht allein das plenum, sondern auch das minus plenum dominium kann condominium und dominium solitarium seyn. Wenn z. E. Ein Lehnsherr und Ein Vasall da ist: so hat jeder ein dominium minus plenum solitare. Sind aber bey einem Lehngute mehrere Lehnsherren oder mehrere Vasallen: so haben die Lehnsherren ein condominium minus plenum, und die Vasallen ebenfalls.

§. 291. Das unvollkommene Eigenthum ist entweder das Obereigenthum, oder das nutzbare.

Bey dem dominio minus pleno sind wieder verschiedene Gesichtspuncte möglich. Man kann nemlich a) auf die wesentliche Abtheilung der Eigenthumsrechte sehen, welche bey dieser Gattung des Eigenthumsrechtes statt findet, b) auf die Veranlassung desselben, und die daraus entspringende Modificationen.

In der ersten Absicht ist es entweder *directum*, Obereigenthum, oder *utile* nutzbares Eigenthum. Derjenige, welcher nichts als die Proprietät hat, heißt dominus directus, der andere, welcher Proprietät und Nießbrauch hat, heißt dominus utilis. Von der ersten Benennung weiß ich keinen hinlänglichen Grund anzugeben (* 1). Die Ursache der letzten fällt in die Augen. Der dominus utilis hat ja den Nutzen der Sache (* 2).

(1) *Gundling* in Gundlingian. part. 12. num. 2. leitet es, seltsam genug, vom deutschen Wort Recht her.

(2) Die Eintheilung des Eigenthums in vollständiges und unvollständiges wird von vielen alten und neuen Juristen verworfen, z. E. von *Giphan* de divis. iur. th. 35. *Henr. Christ. de Senkenberg* diss. de divis. fructuum feudal. §. 4. sqq. in meditat. de univers. iur. et histor. p. 240. sqq. *Eod.* in prim. lin. iur. feud. §. 142. sqq. *Christ. Ben. Kahl* epist. de erronea divisione dominii in directum et utile, Lips. 1744. Joh. Christ. Gotth. Budäus in seinen Gedanken von dem Unterschied unter dem obern und nutzbaren Eigenthum in Zepernicks Samml. auserles. Abh. aus dem Lehnrecht, 4. B. 61. Abh. Soviel ist auch gewiß, daß in den Gesetzen die Namen dominium plenum und minus plenum, directum

und utile nicht vorkommen. Indessen sind diese Wörter einmal angenommen, sie verursachen keine Verwirrung, und wenn man, wie jene Schriftsteller thun, behauptet, daß der dominus directus allein das Eigenthum, der utilis blos usumfructum habe: so legt man dem Wort ususfructus eine Bedeutung bey', die es gewöhnlich nicht hat. Der usufructuarius hat kein ius alienandi, vindicandi und transmittendi ad heredes, welche Rechte doch dem domino utili zukommen. Kahl am a. O. gesteht daher selbst, daß dem Vasall, emphyteutae und superficiario einige Ausflüsse des Eigenthumsrechtes zukommen. Warum soll man aber einen Nießbrauch, der mit einiger Proprietät verbunden ist, nicht dominium utile nennen dürfen? S. auch *Vinn.* ad §. 39. h. t. n. 3. et ad pr. I. de usufr. n. 6.

§. 292. Entweder feudum, oder emphyteusis, oder superficies.

Wenn man aber auf die Veranlassung dieses dominii und seine Modificationen reflectirt: so ist es dreyerley: *feudum*, *emphyteusis* und *ius superficiarium*. Was feudum sey, ist oben im Proömium, §. 14. kürzlich erklärt worden, im Lehnrecht geschieht es ausführlicher. Von der Emphyteusis wird eine eigene Abhandlung im 25ten Titel des dritten Buchs vorkommen; das ius superficiarium will ich hier erklären. Man versteht im Römischen Recht unter dem Wort superficies alles, was über dem Erdboden erbauet wird, Häuser, Stallungen, Mauern ꝛc. Wenn ich einem das Recht gebe, auf meinem Grund und Boden eine superficiem, z. E. ein Haus zu errichten: so entsteht ein dominium minus plenum, welches ius superficiarium heißt. Ich setze nemlich voraus, daß ich dem andern den Grund und Boden nicht eigenthümlich überlasse, sondern daß er nach wie vor mein bleibe. In diesem Fall ist der andere dominus utilis, er besitzt das Haus, zieht alle Nutzungen davon, kann es veräussern, abbrechen u. s. w. Ich, der Grundherr, aber kann doch das Haus vindiciren, wenn es in die Hände eines dritten unrechtmäßigen Besitzers kommt, und habe das Recht, eine Abgabe vom Besitzer zu fordern, welche *solarium*, Grundzinß heißt; deswegen schreibt man mir ein dominium directum zu.

§. 293. Was ist titulus und modus adquirendi?

Wir haben eine Gattung des dinglichen Rechtes, das Eigenthum kennen gelernt. Nun untersuchen wir, wie und auf wie vielerley Weise man dieses Recht sich erwerben könne? Wenn man sich ein dingliches Recht erwerben will: so sind zwey Stücke nöthig: ein rechtmäßiger Titel und ein *modus adquirendi*. Nemlich es muß zuforderst ein rechtlicher Grund vorhanden seyn, der es möglich macht, das dingliche Recht zu erwerben. Dazu muß ein factum kommen, wodurch das dingliche Recht wirklich auf mich übertragen wird. Jener rechtliche Grund heißt *titulus*; dieses factum aber *modus*

adqui-

adquirendi. Z. E. ich kaufe im Buchladen ein Buch, und lasse mir es übergeben. Jetzt bin ich Eigenthümer, habe ein dingliches Recht auf das Buch. Mein titulus ist der Kauf, den ich mit dem Buchhändler geschlossen habe; denn dieser macht es mir möglich, Eigenthümer zu werden. Mein modus adquirendi aber ist die Tradition. Sie hat jene **Möglichkeit** in eine **Wirklichkeit** verwandelt, hat mich wirklich zum Eigenthümer gemacht. Wenn ich ein Stück versteinertes Holz, das niemanden gehört, finde, und zu mir nehme: so bin ich Eigenthümer. Der titulus meines Eigenthums ist die Rechtsregel: res nullius cedit occupanti; der modus adquirendi ist **Apprehension** des Holzes.

Der Titel giebt es sehr viele im Römischen Rechte. Denn die Möglichkeit eine Sache zu erwerben kann daher entstehen, weil ich sie **gekauft** habe, (titulus pro emto;) weil sie mir **vermacht**, (pro legato,) **geschenkt**, (pro donato,) **bezahlt**, (pro soluto,) von meiner Ehefrau zum Heyrathsgut gegeben ist, (pro dote;) weil sie jemand **derelinquirt**, (pro derelicto,) (§. 296.) mir durch einen **Tausch** überlassen, (pro permutato,) in einem **Vergleich** abgetreten, (pro transacto), oder weil mir sie der **Richter zugesprochen** hat, (pro adiudicato.) Hat jemand einen rechtmäßigen Titel, der aber keinen eignen Namen führt, z. E. er hat eine Sache **occupirt**, (welche aber nicht derelinquirt ist, denn sonst hätte der Titel einen Namen,) (§. 296.) oder durch **Accessionsrecht** erhalten: (§. 308. seqq.) so sagt man: er habe sie pro suo. Mehr von diesem Titel suche man in den Pandecten Lib. 41. Tit. 10.

In der Anmerkung steht: der Regel nach giebt der Titel allein weiter nichts, als ein ius ad rem; wer ein ius in re erwerben will, muß titulum und modum adquirendi haben. Indessen giebt es einige Ausnahmen von dieser Regel, wo der blose Titel ein ius in re giebt, die ich zum Theil oben (§. 288. Num. 8.) angeführt, und die ebenfalls in den Pandecten, im Titel de adquirendo rerum dominio vorgetragen werden.

§. 294. Die Erwerbungsmittel sind entweder im Naturrecht, oder im bürgerlichen Recht gegründet.

Die Erwerbungsmittel sind von verschiedener Art, wie die 13. Tabelle zeigt. Einige sind im Naturrecht gegründet, und in den bürgerlichen Gesetzen bestätiget; andere kennt das Naturrecht nicht, sie sind blos eine Erfindung der bürgerlichen Gesetze. Jene heisen *modi adquirendi iuris naturalis:* diese *modi adquirendi iuris civilis.* Z. E. das Naturrecht kennt die Occupation. Wer eine herrnlose Sache zu sich nimmt, in der Absicht sie zu behalten, wird Eigenthümer davon. Die Römischen Gesetze bestätigen dieß. Daher ist die Occupation ein modus adquirendi iuris naturalis. Hingegen weiß das Naturrecht nichts von Testamenten. Die Erwerbung einer Erbschaft aus dem Testament

stament des Verstorbenen ist also eine blose Erfindung der bürgerlichen Gesetze, ein modus adquirendi iuris civilis.

§. 295. Von den natürlichen Erwerbungsarten.

Die modi adquirendi iuris naturalis sind: occupatio, acceſſio, fructuum perceptio, traditio. In den vorigen Ausgaben dieses Lehrbuchs sind nur drey angegeben: occupatio, acceſſio, traditio. Aber die fructuum perceptio ist ein eigenes Erwerbungsmittel, das sich unter keines der übrigen bringen läßt, wie Huber (*1) schon bemerkt, und Gmelin (*2) sehr gut gezeigt hat. Heineccius hat sie zwar unter die Acceſſion gerechnet, aber sie ist davon wesentlich verschieden. Durch die Acceſſion acquirire ich nur Sachen, die mit der meinigen verbunden werden. Die fructuum perceptio aber kommt auch solchen Personen zu statten, die keine Eigenthümer sind, z. E. dem Miethsmann.

(1) *Huber* praelect. h. t. n. 35.
(2) *Christ. Gottl. Gmelin* in diss. cit. §. 1.

§. 296. Erklärung der Occupation.

Die erste natürliche Erwerbungsart ist also die Occupation. Man versteht darunter die Apprehenſion einer herrnlosen körperlichen Sache, in der Absicht, sie zu der seinigen zu machen. Also sie setzt a) herrnlose Sachen, res nullius und zwar körperliche, voraus. Dinge, die schon einen Eigenthümer haben, kann man nicht durch Occupation an sich bringen, und eben so wenig unkörperliche Dinge, Befugnisse. Die Jagdgerechtigkeit z. E. kann man nicht occupiren. b) Die herrnlose Sache wird apprehendirt, man nimmt eine körperliche Handlung vor, wodurch man in den Stand kommt, über die Sache zu disponiren. c) Dabey hat man die Absicht, die Sache sich zu eigen zu machen. Wenn ich die herrnlose Sache also z. E. nur in die Hand nehme, um sie zu besehen: so habe ich sie nicht occupirt.

§. 297. Grundsätze derselben.

Die Occupation erfordert also 1) herrnlose Sachen. Diese sind von dreyerley Art. Einige sind es a) von Natur; das heißt, sie haben noch die ursprüngliche Eigenschaft aller Dinge, sind noch nie ein Eigenthum eines Menschen gewesen. Nach Erschaffung unsrer Erde waren alle Sachen herrenlos, noch Niemand hatte sich eine Sache ausschließlich zugeeignet. Als aber Menschen zu leben anfingen, eigneten sie sich gewisse Dinge zu; dieser einer Höhle zur Wohnung, jener Früchte, die er gepflanzt; ein Dritter Thiere, die er zahm gemacht hatte. So, wie sich die Menschen vermehrten, wurden immer mehr Dinge occupirt, dergestalt, daß heutigestages in den bewohnten Welttheilen das meiste occupirt ist. Doch giebt es noch manche Dinge, welche nicht occupiret

ret sind, Insecten, Vögel, Mineralien, ganze Inseln ꝛc. Die herrenlose Dinge aber können auch b) durch Derelicrion entstehen. Wenn ich zu erkennen gebe, daß ich eine Sache nicht mehr haben wolle: so ist sie derelinquirt. So kann ich z. E. einen Acker derelinquiren, wenn ich ihn ohne Cultur liegen lasse, weil er steinigt und unfruchtbar ist; ich kann einen Hund derelinquiren, wenn ich ihn wegjage. Endlich kann auch c) eine Sache dadurch res nullius werden, weil der Eigenthümer vergessen worden und nicht mehr ausfindig zu machen ist. Vergrabenes Geld, z. E. das man findet, und von dem man nicht weiß, wem es gehört, ist eine herrenlose Sache.

Zur Occupation aber wird 2) eine Apprehension erfordert, eine Handlung, die nach Verschiedenheit des zu occupirenden Gegenstandes verschieden ist. Wenn nemlich die Sache in solchen Umständen ist, daß man sie nicht ohne vorherige Mühe und Arbeit erhalten kann, und es noch ungewiß ist, ob man sie erhalten werde: so muß man alles das thun, was nöthig ist, um die Sache in seine Gewalt zu bringen. Ist hingegen die Sache in solchen Umständen, daß ich weiter nichts nöthig habe, als sie zu mir zu nehmen, und es ist nicht zu besorgen, daß sie mir entgeht: so ist genug, wenn ich in Gegenwart der Sache (in conspectu rei) mit Worten, oder andern Handlungen erkläre, daß ich sie haben wolle. Also ein Wild ist apprehendirt, wenn ich es getödtet oder gefangen habe, ein im Fluß schwimmendes Holz, wenn ich es so befestigt habe, daß es mir nicht entgehen kann. Hingegen ein Mineral, das ich im Feld finde, ist mein, wenn ich dabey stehend erkläre, ich wolle es haben (*1). Eine in Abwesenheit der Sache abgelegte wörtliche Declaration ist nicht hinlänglich. Bey Grundstücken schreiben die Gesetze noch besonders vor, daß, wenn jemand ein derelinquirtes Stück Land occupiren will, er es zwey Jahre bauen muß. Ehe diese Zeit verflossen ist, kann es der vorige Eigenthümer zurück fordern. Nur muß er die Baukosten erstatten (*2).

(1) Apprehensio etiam oculis et affectu fieri potest, sagt L. 1. §. 21. de A. vel A. P. *Cocceii* iur. controv. tit. de A. R. D. Quaest. 1. *Gundlingian.* part. 31. pag. 1. sqq.

(2) L. 8. C. de omni agro desert. (XI. 58.) Strube rechtl. Bed. 2 Band, 279. Seite.

§. 298. Gattungen der Occupation.

Die Gattungen der Occupation sind das Jagen, welches, im weitläuftigen Verstande genommen, auch den Vogelfang und das Fischen in sich faßt; die Eroberung und das Finden.

§. 299. Vom Jagen.

Das Jagen ist eine Occupation wilder Thiere, die auf der Erde, oder

in der Luft, oder im Wasser leben. Denn nach den Grundsätzen der Römer sind die wilden Thiere res nullius, und können daher von jedem occupirt werden.

In der Anmerkung werden die Thiere in wilde, zahmgemachte und zahme eingetheilt. Der Unterschied ist sehr bekannt, und hat practische Folgen, wie der folgende Paragraph zeigen wird. Wilde Thiere, fera animalia, sind, welche im Zustand der natürlichen Freyheit leben, den Menschen fliehen, und, wenn sie gefangen werden, sich bemühen, ihre Freyheit wieder zu erlangen. Wenn ein solches wildes Thier eingesperrt gewesen ist, und nach und nach seine wilde Natur abgelegt hat, so daß es nun nicht mehr weglauft, oder wie Justinian sagt: si ex consuetudine abire et redire solet: so heißt es zahm gemacht, mansuefactum (* 1). Endlich zahme Thiere, mansueta, sind, welche nicht frey herum schweifen, sondern in der Gesellschaft der Menschen leben, Rindvieh, Schafe, Hunde u. d. gl. Uebrigens kann in diesem Lande ein Thier zahm, in einem andern wild seyn, und dieselbige Thierart kann wilde und zahme Gattungen haben, wie man bey den Schweinen, Pferden, Gänsen u. a. sieht (* 2). Noch merkt unser Autor an, daß die Römische Gesetze die Bienen, Tauben und Pfauen zu den wilden Thieren rechnen. Dieß ist so zu verstehen. Justinian sagt §. 14. 15. h. t. Apum, pavonum et columbarum fera natura est. Er will sagen, diese Thiere seyen nicht zahm, sondern nur zahmgemacht, woraus denn folgt, wie wir im folgenden §. sehen werden, daß sie nur solang ihrem Herrn eigen sind, als sie wegfliegen und wiederkommen. Ob aber die Tauben, die Haustauben nemlich und Pfauen, die man auf dem Hof hält, nicht vielmehr zu den zahmen Thieren gehören? ist eine andere Frage (* 3). Indessen ist die Verordnung des Römischen Rechts ganz deutlich.

(1) Doch sind die Römische Juristen in dem Redegebrauch nicht gleichförmig, und nennen zahmgemachte Thiere auch zuweilen animalia mansueta. S. L. 37. de furt. L. 5. §. 5. de A. R. D.

(2) *Leyser* sp. 440. m. 1. verwirft die Distinction unter wilden, zahmen und zahmgemachten Thieren gänzlich, aber ohne Grund, wie *Marckart* diss. de divis. animalium iuridica, §. 7. sqq. in exercitat. academ. p. 302. sqq. zeigt.

(3) *Pufendorf* de iur. nat. et gent. lib. 4. cap. 6. §. 5.

§. 300. Fortsetzung.

Die wilde Thiere werden nach Römischem Recht als herrenlose Dinge angesehen. Daraus folgt 1) daß sie jedermann zu fangen, zu erlegen und sich zuzueignen befugt ist. 2) Nicht nur auf meinen eignen Grundstücken darf ich sie fangen, sondern auch auf fremden. Wenn es mir der Eigenthümer erlaubt: so hat die Sache keinen Zweifel. Wie aber, wenn er mir es verbietet,

und

und ich dem ungeachtet auf seinem Grundstück jage? Auch in diesem Fall ist nach der richtigen Meynung das erlegte oder gefangene Thier mein (* 1); der Eigenthümer aber kann eine Injurienklage gegen mich anstellen (* 2), und die Ersetzung des Schadens verlangen, wenn ich ihm dergleichen auf seinem Grundstück, an den Früchten oder sonst zugefügt habe. Justinian sagt §. 12. Et nec interest feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quis capiat, an in alieno. Plane, qui alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia, potest a domino, si is praeviderit, prohiberi, ne ingrediatur. Wahr ist, daß ich unerlaubt handle, wenn ich auf einem Grundstück gegen des Eigenthümers Willen jage (* 3). Allein man muß hier zwey Handlungen unterscheiden, den actum *ingressionis* und *occupationis*. Jener ist verboten, dieser erlaubt. 3) Man darf nur wilde Thiere fangen und erlegen, keine, die ein anderer in Thiergärten eingeschlossen hat; keine Bienen in Bienstöcken, keine Fische in Fischkästen (piscinis) (* 4), diese sind keine herrenlose Dinge, und wer sie wegnimmt, begehet einen Diebstahl. 4) Kann man aber Thiere, welche ihrem Eigenthümer entlaufen, occupiren? Man muß einen Unterschied zwischen zahmen, zahmgemachten und wilden Thieren machen. Zahme Thiere, die mir gehören, darf niemand sich zueignen, wenn sie noch so weit und so lange Zeit entlaufen oder entflogen sind. 5) Zahmgemachte Thiere darf man so lang sich nicht zueignen, als sie sich zu ihrem Herrn halten. So bald sie aber weglaufen oder wegfliegen, die natürliche Freyheit suchen, oder sich zu einem andern Herrn gewöhnen und nicht mehr zu dem vorigen kehren mögen: so sind sie wieder herrenlose Dinge, und jedermann kann sie occupiren. 6) Wenn endlich ein von mir eingeschlossen gewesenes wildes Thier aus seiner Gefangenschaft entwischt: so ist es entweder noch in meinem Gesicht, oder es ist aus dem Gesicht verschwunden. Im letzten Fall ist es res nullius; denn man vermuthet, ich habe es derelinquirt (* 5). Ist es mir hingegen noch in den Augen: so ist entweder seine Verfolgung noch leicht, oder schwer. So lange die Verfolgung noch leicht, das heißt, so lang es noch wahrscheinlich ist, daß ich das Thier wieder bekommen werde: so bleibt es mein. So bald aber die Verfolgung schwer ist, verliere ich mein Eigenthum. Denn es ist zu vermuthen, daß ich das Thier derelinquirt habe; nun ist es also res nullius, und kann von jedermann occupirt werden. Z. E. ein Vogel entflieht mir, und setzt sich auf ein benachbartes Haus. Wenn er eben so wild ist, als ein anderer Vogel von dieser Gattung, und es unwahrscheinlich ist, daß ich ihn wieder bekommen werde: so ist die Dereliction zu vermuthen. Gesetzt aber, er fliegt mit Mühe, nur nahe an der Erde hin, und es ist wahrscheinlich, daß ich ihn wieder erhalten werde. Jetzt wird die Dereliction noch nicht vermuthet.

(1) *Hunn.* in resolut. lib. 2. tract. 1. quaest. 12. *Strauch.* diss. 6. ad ius Iustin.

th. 28. *Vinn.* ad §. 12. I. h. t. n. 3. *Voet.* ad Pand. tit. de A. R. D. n. 4. wo er besonders die L. 55. D. d. tit. sehr gut erklärt. Anderer Meynung sind *Cuiac.* lib. 4. obs. cap. 2. *Leyser* sp. 440. med. 4.

(2) L. 13. §. 7. D. de iniur.

(3) L. 16. D. de serv. praed. rust.

(4) Aber wie steht es mit einem fremden Teich oder See, (lacu, stagno) darf man darin fischen? Viele bejahen dieß, als *Cuiac.* lib. 4. obs. 2. *Vinn.* ad §. 12. h. t. n. 2. *Voet.* ad tit. de A. R. D. n. 5. *Harpprecht* ad §. eund. n. 62. sqq. *Wieling* lect. lib. 1. cap. 4. in fin. Andere aber, als *Hotomann* h. t. *Tuning* h. t. *Donell.* commentar. lib. 4. cap. 8. *Hunn.* resolut. pag. 255. verneinen es, und diesen trete ich bey; denn 1) hat nach dem Naturrecht niemand eine Befugniß in fremden Teichen zu fischen. *Pufendorf* de I. Nat. et G. IV. 6. 11. Die Fische, welche ich in meinem Teich habe, sind ja occupirt und können mir nicht mehr entgehen. *Grot.* de iure belli et pac. lib. 2. cap. 8. §. 2. *Wolf* ius nat. et gent. part. 2. cap. 2. §. 215. 2) Heißt es im §. 12. h. t. Ferae igitur bestiae et volucres et pisces — simul atque ab aliquo capta fuerint, iure gentium statim illius esse incipiunt — nec interest feras bestias et volucres, (also von Fischen sagt Justinian nichts) utrum in suo fundo quis capiat, an in alieno. Eben so sagt Cajus L. 3. §. 1. de A. R. D. nec interest *quod ad feras bestias et volucres*, utrum in suo fundo quis capiat, an in alieno. Ein Wild, das in meinem Wald läuft, ein Vogel, der in meinem Garten sitzt, ist nicht occupirt, das Wild kann ja wider weglaufen, der Vogel wegfliegen, daher kann freylich ein jeder anderer diese Thiere sich zueignen. Bey Fischen verhält sich die Sache anders. Wenn jemand in einem Bach, der über mein Gut fließt, fischte: so gebe ich zu, daß er Eigenthümer der gefangenen Fische würde.

Ferner, fragt sichs kann man in eines andern umzäunten Wald, in einem Park, (Silva circumsepta) jagen? *Cuiac.* und *Wieling* l. c. behaupten es. Allein ich halte das Gegentheil für richtiger. Denn nach dem Naturrecht bin ich dazu nicht befugt. *Wolf* l. c. §. 284. und das Argument der Gegner aus der L. 3. §. 14. D. de A. vel A. P. wo Paullus sagt, pisces in stagno und feras in silvis circumsèptis besitze man nicht. Allein daraus folgt nicht, daß man nicht Eigenthümer davon ist. Man s. oben §. 281. Note (1).

(5) *Grot.* de iur. bell. et pac. lib. 2. cap. 8. §. 3. *Kulpis* diss. acad. pag. 344. seqq. Was übrigens hier von den wilden Thieren gesagt ist, gilt auch von jungen Bienenschwärmen. §. 14. I. h. t.

§. 301. Fortsetzung.

Die Jagd ist eine Gattung der Occupation; die Occupation eine Apprehension; diese aber ist eine Handlung, wodurch ich die Sache in solche Umstände bringe, daß ich darüber disponiren kann. Daraus folgt, daß die leichte Verwundung eines Thieres noch keine Occupation ist; denn sie bringt das Thier noch nicht in die Umstände, daß ich darüber disponiren kann. Wie aber, wenn die Verwundung tödtlich ist, so, daß mir das Thier nicht mehr entgehen kann? In diesem Fall ist es nach dem Naturrecht schon occupirt, und während der Zeit, als ich es verfolge, ist kein anderer befugt es zu erlegen (* 1). Diese Ent-

Entscheidung vertheidigten auch verschiedene alte Juristen, unter andern Trebatius (* 2). Aber Justinian hat sie im §. 13. I. h. t. verworfen, und zur Occupation eines Thiers schlechterdings die völlige Erlegung oder Fangung erfordert. Sein Grund ist: quia multa accidere solent, ut feram vulneratam non capias. Es würde auch wirklich in den meisten Fällen schwer zu entscheiden seyn, ob die Verwundung tödtlich oder nicht tödtlich gewesen sey.

Allein gilt diese Verordnung in Deutschland? Man bemerke 1) wenn mehrere in einem gewissen District die Jagd haben, und einer ein Thier anschiesset: so ist es darum noch nicht sein, sondern ein anderer kann es erlegen und sich zueignen. Für das Römische Recht streitet auch in diesem Punct die Präsumtion, wo nicht etwas anders hergebracht, oder durch Particulargesetze verordnet ist. 2) Verschiedene alte deutsche Gesetze erlauben einem, der die Jagd hat, ein angeschossenes Thier auch in fremde Wildbahnen zu verfolgen. Man nennt dieses Recht die Jagdfolge, Wildfolge, Nacheile, Nachsetzung. 3) Dieses Recht gilt auch noch heutigestages an den meisten Orten, doch mit mancherley Modificationen. Allein nun fragt sich's: 4) ob in dem Fall, wenn ich ein angeschossenes Wild in eine fremde Wildbahn verfolge, der Herr dieser Wildbahn befugt sey, mich zu präveniren und das Wild zu erlegen? Verschiedene (* 3) verneinen es; sie glauben, es fliesse aus dem Begrif der Jagdfolge, daß der andere das Thier nicht erlegen dürfe. Andere (* 4) behaupten, daß auch in diesem Fall das Römische Recht gelte, wenn nicht durch Verträge, besondere Gesetze oder Gewohnheiten ein anderes festgesetzt sey, und diese Meynung halte ich für die gegründetste.

(1) *Pufendorf* de I. N. et G. lib. 4. cap. 6. §. 10.
(2) *Gundling* diss. de C. Trebatio Testa. §. 30. in exercitat. academ. tom. I. pag. 214.
(3) *Io. Hartmuth Rays* diss. de ferar. persecutione in territorio alieno, §. 21. *Io. Iod. Beck* de iurisd. forest. cap. 13. §. 4. p. 252.
(4) *Leyser* sp. 441. med. 11. Christ. Gottl. Riccius Entw. der in D. üblichen Jagdgerechtigkeit, Cap. 8. §. 5.

§. 302. Von der Kriegseroberung.

Die occupatio bellica, Kriegseroberung hat folgende Beschaffenheit. Wenn ich mit jemand einen von meiner Seite gerechten Krieg führe: so ist mir alles erlaubt, was nöthig ist, um mir Genugthuung wegen der erlittenen Beleidigung, und Sicherheit für die Zukunft zu verschaffen. Wenn also die Wegnahme und Zueignung der feindlichen Sachen ein Mittel dazu ist: so ist sie auch erlaubt; und diese heißt occupatio bellica. Also die Sachen meines Feindes sind, wie die Anmerkung sagt, keine wirklich herrenlose Dinge. Ich bin aber befugt, sie wegzunehmen, und mir zuzueignen,

so gut als ob sie res nullius wären; weil dieß nöthig ist, um Ersatz für die vom Feind erlittene Beleidigung und künftige Sicherheit zu bekommen. Diese Occupation aber hat 1) nicht in einem Bürgerkrieg statt; denn sie setzt voraus, daß der Occupirende das Recht Krieg zu führen habe. Bürger aber sind nicht befugt, mit Bürgern zu kriegen. 2) Wenn ich Krieg führe: so läßt sich der Feind seine Sachen nicht gutwillig wegnehmen; er widersetzt sich, und sucht, was ihm weggenommen wird, wieder zu bekommen. Die Eroberung ist also 3) bey beweglichen Sachen nicht eher vollendet, als bis ich dieselbe in Sicherheit, in die Garnison, oder in das Lager, gebracht habe (* 1); bey unbeweglichen nicht eher, als bis sie mit Festungswerken dergestalt verschanzt sind, daß der Feind sie nicht wieder besetzen kann, ohne diese Werke einzunehmen (* 2). Nach den heutigestags üblichen Gewohnheiten sieht man darauf, ob die bewegliche Sache 24 Stunden in des occupirenden Händen gewesen sey, oder nicht. Nur in dem ersten Fall ist die Occupation vollendet (* 3). 4) Wem steht das Recht der Eroberung zu, dem, welcher Krieg führet oder den einzelnen Soldaten? Man distinguire: die eroberte Sachen sind entweder bewegliche, oder unbewegliche. Die letzte gehören allezeit der Kriegführenden Macht; ager hostium *publicatur*, heißt es in der L. 20. §. 1. D. de captiv. et postlim. d i. reipublicae adquiritur. Die Römer nahmen gewöhnlich den besiegten Völkern einen Theil ihrer Ländereyen ab, und eigneten ihn sich zu. Wenn aber bewegliche Sachen erbeutet werden: so ist dem Soldat entweder die Plünderung erlaubt worden, und er hat bey dieser Gelegenheit Beute gemacht, oder nicht. Im ersten Fall gehört die Beute dem Soldaten, im letzten ist die Sache nach Römischem Recht sehr zweifelhaft, und man kann fünf und mehr verschiedene Meynungen der Juristen über diese Frage zählen (* 4). Ich glaube, daß man einen Unterschied zwischen den Dingen gemacht hat, welche ein einzelner Soldat einzelnen Feinden abnahm, und zwischen solchen, welche ein ganzes Corps oder Commando Soldaten von dem Feind erbeutet. Jene ließ man den Soldaten, diese aber gehörten dem Staat, und ein Soldat, welcher etwas davon nahm, begieng einen *peculatum*, d. i. einen Diebstahl am Staat.

(1) Dieß scheint mir eine aus dem Begrif der Occupation fliessende, und in der L. 5. §. 1. L. 19. §. 3. L. 30. D. de captiv. gegründete Regel zu seyn. Andere, z. E. *Ziegler* de iur. maiest. lib. 1. cap. 23. §. 79. *Voet*. ad Pand. lib. 49. tit. 15. §. 3. *Marckart* interpret. receptar. iur. civ. lect. lib. 1. cap. 10. et 11. behaupten, daß eine bewegliche Sache sogleich, so wie sie erbeutet wird, dem Erbeutenden gehöre, weil Justinian §. 17. h. t. sage: quae ex hostibus capimus, iure gentium statim nostra fiunt.

(2) *H. Grotius* de iur. belli et pacis, lib. 3. cap. 6. §. 4.

(3) *Stryk* us. mod lib. 49. tit. 15. §. 3.

(4) *Cuiac.*

(4) *Cuiac.* obſ. lib. 19. cap. 7. *Donell.* commentar. lib. 4. cap. 21. *Maranta* controv. lib. 1. cap. 22. *Ziegler* l. c. *Vinn.* ad §. 17. h. t.

§. 303. Vom iure poſtliminii.

Im Krieg kommt ein Recht vor, welches *ius poſtliminii* heißt. Es iſt die Wiedererlangung meiner im Krieg verlohrnen Rechte, und kann vorkommen 1) bey unbeweglichen Gütern, 2) bey beweglichen Sachen, 3) bey Perſonen. Wenn nemlich 1) der Feind ein Stück Land, das mir gehört, einnimmt; z. E. auf meinem Acker eine Schanze aufwirft, nun aber wieder zurück geht, und die Schanze verläßt: ſo wird der Acker wieder mein Eigenthum. Wird mir 2) eine bewegliche Sache vom Feind weggenommen, und unſere Truppen holen ſie zurück: ſo geſchieht dieß entweder noch eher, als der Feind die Sache in Sicherheit gebracht hatte; oder nachdem ſie ſchon in Sicherheit war. Im erſten Fall iſt und bleibt die Sache mein; ſie muß mir alſo unentgeltlich herausgegeben werden. Im letzten Fall aber habe ich kein Recht mehr darauf; will ich ſie haben: ſo muß ich dem ſie abkaufen, der ſie erbeutet hat. 3) War ein Römer vom Feind gefangen worden, und kam aus der Gefangenſchaft zurück: ſo erhielt er alle ſeine vorige, durch die Gefangenſchaft verlohrne Rechte wieder, oder er hatte das ius poſtliminii; doch nur alsdann, wenn er mit Recht, auf eine erlaubte Art zurück kam, und des iuris poſtliminii ſich nicht unwürdig gemacht hatte. Daher hatten kein ius poſtliminii 1) die nach geſchloſſenem Frieden dem Feind entliefen, wenn im Friedensſchluß die Zurückgabe der Kriegsgefangenen nicht ausbedungen worden war; 2) die, welche auf ſchimpfliche Art die Waffen von ſich geworfen, und ſich dem Feind ergeben hatten; 3) die, ſo freywillig bey dem Feind blieben, da ſie doch vermöge des Friedensſchluſſes hätten zurückkommen dürfen, und erſt nach einiger Zeit zurückkehren (*1).

(1) L. 12. L. 17. L. 20. D. de captiv. et poſtlim.

§. 304. Vom Finden.

Wenn eine bewegliche res nullius, welche kein wildes Thier iſt, occupirt wird: ſo heißt die Occupation *inventio*, das Finden. Alſo nur bewegliche Sachen werden durch Finden erworben; und zwar ſolche, die keine wilde Thiere ſind; denn dieſe erlangt man durch das Jagen. Die Sachen, welche man durch Finden erwerben will, können übrigens gar mancherley ſeyn. Esgehören dahin Steine, Verſteinerungen, Perlen, Korallen, Bernſtein, Conchylien, Seegewächſe, und andere Dinge aus dem Mineral- und Gewächsreich, Inſecten, die man im Feld, an der Seeküſte, auf Bergen u. ſ. w. findet. Denn ſie ſind res nullius, ſo lange ſie noch niemand

mand occupirt hat. Auch zahme Thiere, z. E. Hunde, welche jemand derelinquirt hat, kann man durch Finden erwerben.

§. 305. Von Schätzen.

Ferner Schätze gehören dahin. Nemlich Schatz heißt eine verborgene kostbare Sache, deren Eigenthümer unbekannt ist (cuius non exstat memoria). Wenn ich einen solchen Schatz finde: (s. die 14. Tabelle) so habe ich entweder Zauberkünste dabey gebraucht, oder nicht. Im ersten Fall nimmt ihn der Fiscus weg (*1); im letzten Fall finde ich ihn entweder auf eigenem Grund und Boden, oder auf eines andern. 2) Wenn ich ihn auf meinem Grund finde: so ist er mein. Finde ich ihn aber auf einem fremden: so bin ich entweder von dem Eigenthümer des Bodens gemiethet gewesen, oder nicht. Wenn mich der Eigenthümer gemiethet hat: so geschah es entweder um einen Schatz zu graben, oder um ein anderes Werk zu machen, z. E. der Schreiner, welcher einen Fusboden legen, der Maurer, welcher ein Fundament graben will, findet den Schatz. 3) Wenn der zum Ausgraben eines Schatzes von mir gemiethete Arbeiter den Schatz findet: so ist er ganz mein, und der Finder kann nichts davon verlangen. 4) Ist aber der Finder zu einer andern Arbeit gemiethet gewesen, und findet ungefehr den Schatz: so kann er die Hälfte davon verlangen. Gesetzt endlich jemand findet einen Schatz auf fremdem Boden, ohne daß ihn der Eigenthümer gedungen hatte. Alsdann geschieht es entweder von ungefehr, indem er auf eine erlaubte Art in dem fremden Grundstück nach etwas anderem suchte, oder er hat mit Vorsatz nach dem Schatz gesucht. 5) Wenn ich von ungefehr auf eines andern Boden einen Schatz finde: so ist er zur Hälfte mein. 6) Gehe ich aber in der Absicht auf eines andern Grund, um einen Schatz zu graben, und finde dergleichen: so ist er ganz dem Eigenthümer des Grundstückes, und wenn ich ihn behalte: so werde ich als ein Dieb gestraft (*2).

Die Anmerkung sagt: die Acquisition eines Schatzes wird in unsern Gesetzen zuweilen zu den Accessionen, zuweilen zu den Occupationen gerechnet. Nemlich die alte Juristen disputirten: ob ein Schatz iure accessionis oder occupationis acquirirt würde, ob also in dem Fall, wenn ich einen Schatz auf einem fremden Grundstück finde, er mir oder dem Eigenthümer des Grundstückes gehöre? Kayser Hadrian entschied den Streit durch die vorhin erklärte Distinctionen. Nach dieser Verordnung also wird ein Schatz zuweilen durch Occupation, zuweilen durch Accession, zuweilen durch beydes erworben. Wen ich nemlich a) (*3) einen Schatz auf meinem Grundstück finde: so ist er sowohl iure occupationis, als accessionis mein. Iure occupationis; denn ich habe ihn gefunden; iure accessionis; denn er lag auf meinem Grund. b) Bekomme

komme ich den Schatz halb, welchen ein anderer auf meinem Grundstück gefunden hat: so geschieht es iure accessionis. Endlich c) wenn ich einen Schatz auf fremdem Boden finde, und zur Hälfte bekomme: so gründet sich dieß allein auf das ius occupationis.

(1) Doch in dem Fall, wenn ich den Schatz mit Zauberkünsten auf einem fremden Grundstück finde, kann der Fiscus wohl nicht mehr als die Hälfte davon fordern, und muß dem Eigenthümer des Grundstückes die andere Hälfte lassen. *Cocceii* ius controv. tit. de A. R. D. qu. 5.

(2) *Christ. Lud. Crell* diss. 1. et 2. de thesauro a mercenariis aut fabris invento. Viteb. 1749. *Christ. Gottl. Richter* diss. cit.

(3) *Heineccius* ad *Vinnium* §. 39. Die ganze Geschichte der Legislation über die Schätze erzählen *Iac. Gothofr.* ad L. 1. Cod. Theodos. de thesaur. tom. 3. pag. 513. edit. *Ritter*. *Beck* de novell. Leon. pag. 156. sqq. ibique *Zepernick*. *Christ. Gottl. Richter* diss. de iur. thesaur. a mercenar. invent. (Lips. 1773.)

§. 306. Welche Sachen man nicht durch Finden erwerben kann?

Wir haben Beyspiele von Dingen gesehen, die man durch Finden erwerben kann. In diesem §. werden einige Sachen benennt, welche man nicht auf diese Art an sich bringen kann. Dergleichen sind 1) verlohrne Sachen. Sachen, die ich aus der Tasche verliere; an einem fremden Ort aus Vergessenheit zurücklasse; die von der Postchaise fallen u. s. w. Denn das Eigenthum ist kein ius momentaneum, (§. 285.) es geht nicht zu Grunde, wenn gleich der Besitz verlohren geht; und der Eigenthümer hat die Sache auch nicht derelinquirt. 2) Wenn ein Blödsinniger, ein Betrunkener, oder jemand im Zorn eine Sache wegwirft. Denn auch dieser hat die Absicht nicht, die Sache zu derelinquiren, und jene können eine solche Gesinnung gar nicht haben. 3) Güter, welche bey einem Schifbruch in die See fallen, desgleichen Waaren, die zur Zeit des Sturmes aus einem Schif geworfen werden, um es zu erleichtern. Der Grund ist der eben angeführte, die Absicht der Dereliction fehlt. Wäre indessen die Sache, welche in die See geräth, von der Art, daß sie sogleich zu Grunde gehen und verderben müßte, z. E. eine Kiste mit Zucker, jemand aber fischte sie sogleich auf, und rettete sie vom Verderben: so würde sie sein Eigenthum werden. Und so ist vielleicht Ulpian (*1) zu verstehen, wenn er sagt: einer, der eine Sache in die See werfe, thue es mehrentheils in der Absicht, sie zu derelinquiren, da er wisse, daß sie umkomme (*2).

(1) L. 43. §. 11. de furt.

(2) Sechs verschiedene Erklärungen der L. 43. führt *Passeribus* in conciliat. LL. p. m. 233. sqq. an. S. auch *Huber* digress. part. 1. lib. 4. cap. 26.

§. 307. Heutiger Gebrauch.

Noch ist der heutige Gebrauch der Lehre von der Occupation anzuführen.

1) Die Jagd ist nicht an allen Orten in Deutschland ein modus adquirendi res nullius; sondern wer jagen will, muß in vielen Provinzen ein besonderes Recht zu jagen, oder wie man sagt, er muß die Jagd haben; sonst begeht er einen Diebstahl, einen Wilddiebstahl. Wer aber das Recht zu jagen habe, wird durch die Landesgesetze und Observanz bestimmt. An vielen Orten ist die Jagd ein Regal, ein landesherrliches Recht; das also kein Unterthan ohne landesherrliche Concession ausüben kann. An andern ist sie ein Recht adelicher Güter (pertinentia fundi nobilis). Wer ein adeliches Gut besitzt, darf darauf jagen. Wieder an andern ist nur die hohe Jagd ein Regal. Es giebt indessen auch Gegenden, wo man die freye Pürsch hat; das heißt, wo jeder Bürger jagen kann (*1).

2) Was die Beute belangt: so haben wir zweyerley Soldaten, regulirte Truppen, und Freycorps, milites, qui sponte castra sequuntur, ut praedatum exeant, sagt unser Autor. Die letzte haben ein vollkommenes Recht auf die Beute. Denn sie bekommen wenig Sold, werden zu den beschwerlichsten Expeditionen gebraucht, und abgedankt, so bald der Krieg zu Ende ist. Wenn aber regulirte Truppen Beute machen: so distinguirt man, entweder wird ihnen die Plünderung erlaubt, oder nicht. Im ersten Fall behalten sie die Beute. Im letzten ist es entweder Geschütz, Munition, Magazine, öffentliche Cassen, was sie erbeuten, oder etwas anderes. Jene Sachen gehören der kriegführenden Nation, diese aber läßt man den Soldaten (*2). Was ein Freycorps zu Land ist, das sind die Capers zur See. Also auch diesen gehört alles, was sie aufbringen.

3) An einigen Orten eignet sich der landesherrliche Fiscus Dinge zu, welche an der Seeküste gefunden werden, z. E. der Bernstein, der sich an den Küsten der Ostsee findet, wird von den Königl. Preußischen Bernsteinfischern gesammlet, und niemand anders darf ihn zu sich nehmen. Auch die Schätze appropriiret sich in manchen Ländern der Fiscus. Daher das Sprichwort: ein Schatz gehört dem Finder, wenn er schweigen kann. Indessen glaube man nicht, daß deswegen alle herrenlose Sachen dem Fiscus gehören. Nein; nur alsdann gehört ihm eine solche Sache, wenn er ein Recht darauf hergebracht hat (*3).

4) Daß in ältern Zeiten die Anwohner der Flüsse in Deutschland, desgleichen die Bewohner der Seeküsten Güter, die an den Strand geworfen worden, sich zugeeignet; oder das Strand-Grund-Ruhe- oder Fahrrecht, wie man es nennte, ausgeübt haben, ist gewiß. Daß es auch noch heutigestages heimlich geschiehet, ist eben so wenig zu leugnen (*4). Indessen ist es in der auth. Navigia C. de furtis vom Kayser Friederich II. und im 218. Artikel der H. G. O. Carls V. verboten (*5). In manchen Ländern eignet sich

der

der Fiscus die Güter der Schifbrüchigen zu. Man läßt diese Güter sammeln und in das Bergehaus bringen, wo sie eine gewisse zeitlang bleiben, und dem Eigenthümer gegen Entrichtung des Bergegeldes ausgeliefert werden. Meldet sich in bestimmter Zeit niemand: so werden sie zum Besten des Fiscus verkauft.

(1) Strube Nebenst. 5. Th. 54. u. f. f. Seite.
(2) *Stryk* us. mod. tit. de captiv. §. 2. Strube rechtl. Bed. 2. B. S. 100.
(3) Strube rechtl. Bed. 2. Theil 278. Seite und 4. Theil 279. Seite.
(4) Daß in Helgeland und Jütland diese Gewohnheit noch ist, bezeugt Rugent in s. Reisen 1. Theil. 12. Seite.
(5) *Reinharth* ad *Christin.* vol. 5. obs. 8.

§. 308. Von der Accession.

Der zweyte modus adquirendi heißt *accessio.* Man versteht darunter eine Erwerbung einer accessorischen Sache, welche sich darauf gründet, daß diese accessorische Sache mit meiner Principalsache vereinigt worden ist. Sie ist entweder *naturalis*, oder *industrialis*, oder *mixta.* Wenn nemlich durch die Wirkungen der leblosen Natur ohne menschliches Zuthun eine Sache mit der meinigen vereinigt wird: so heißt es accessio naturalis. Hat hingegen ein Mensch die Sachen mit einander verbunden: so ist es accessio artificialis oder industrialis; und wenn beydes zusammen gewirkt hat, Kräfte der leblosen Natur und Bemühung des Menschen: so ist es accessio mixta. Einige setzen, und zwar mit Recht, noch die accessionem *fortuitam* zu, die in dem Fall statt hat, wenn ich einen auf meinem Grundstück gefundenen Schatz acquirire. (§. 305.) In allen drey Fällen übrigens giebt das Römische Recht die Regel: *accessorium sequitur principale*; der, welchem die Principalsache gehört, acquirirt die accessorische Sache (*[1]). Allein, was heißt Principal- was heißt accessorische Sache? Diese Frage läßt sich nicht mit einer allgemeinen Antwort beantworten. Zuweilen heißt a) res principalis die Sache, aus der eine andere entsteht; in oder an der eine andere erzeugt wird. Wenn eine Sklavin ein Kind gebiert: so ist sie das principale das Kind ein accessorium. Wenn der Fluß an meinen Acker Land ansetzt: so ist der Acker das principale, der Anwuchs accessorium. Verläßt ein Fluß, der an meinen Ländereyen herfloß, sein altes Wasserbett: so ist meine Länderey das principale, das verlassene Wasserbett ein accessorium. In andern Fällen b) heißt accessorium das Ding, welches man braucht, um ein anderes zu zieren, und dieses letzte heißt principale; z. E. die Tressen und Stickerey auf einem Kleid sind accessorium, das Kleid principale. Ferner wird c) zuweilen das kostbarere Ding in Rücksicht auf das minderkostbare für die Principalsache gehalten; z. E. bey einem Gemählde ist die Tafel, das Linnen ꝛc. worauf

gemahlt ist, accessorium, die Mahlerey selbst aber das principale. Sodann heißt auch d) principale das, was den größern Theil eines Dinges ausmacht; accessorium aber der geringere Theil. Z. E. ein Balken ist in Ansehung des ganzen übrigen Hauses, eine Handhabe in Ansehung des Gefässes, woran sie ist, ein accessorium (*2). Endlich e) heißt accessorium ein Ding, das man ohne ein anderes nicht wohl gebrauchen kann; und dieses andere ist das principale. Z. E. Sattel und Zeug sind ein accessorium des Pferdes. Denn ohne Pferd sind sie nicht zu gebrauchen.

(1) Bey der Confusion allein ausgenommen. Denn hier ist keine Sache res principalis, keine accessoria. Daher wird das Gemische gemeinschaftlich. (§. 324.)
(2) *Vinn.* ad §. 26. h. t. n. 2.

§. 309. Gattungen der natürlichen Accession.

Die Gattungen der natürlichen Accession sind: *partus ancillae* (*1), *nativitas insulae in flumine*, *vis fluminis* oder *avulsio*, *alvei mutatio*. Partus ancillae, wenn meine Sklavin ein Kind gebiert; nativitas insulae, wenn in einem Fluß, an dessen Ufer ich Ländereyen besitze, eine Insel entsteht; alluvio, wenn der Fluß nach und nach an mein Land etwas ansetzt; vis fluminis oder avulsio, wenn der Fluß ein Stück Land auf einmal losreißt, und es an meine Länderey hinführt; alvei mutatio, wenn ein Fluß sein voriges Bett verläßt, und dieses trocken liegen bleibt.

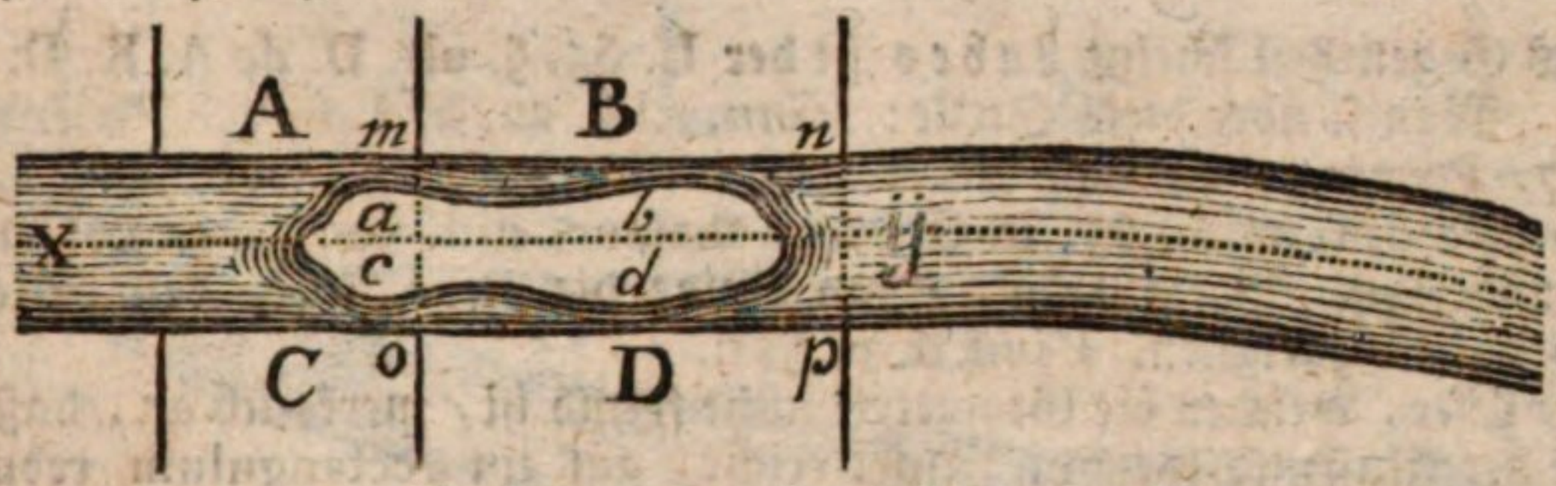
(1) Andere rechnen auch die foeturam animalium unter die accessiones naturales. Nun ist es zwar richtig, daß dem Herrn des Mutterthieres auch die Jungen gehören; allein, da die Jungen ein fructus sind: so ist diese Erwerbung nicht zu der Accession, sondern zu der fructuum perceptione (§. 329.) zu zählen.

§. 310. Von dem Sklavenkind und der Entstehung einer Insel.

Die erste Gattung der natürlichen Accession ist partus ancillae. Wenn ich nemlich eine Sklavin habe, und diese ein Kind zur Welt bringt: so ist das Kind mein. Denn die Sklavin ist das principale, das Kind accessorium; (§. 308.) das accessorium aber gehört dem Herrn des principalis. Kinder von dieser Art heißen *vernae*, im Hause gebohrne Sklaven, und man schätzte sie höher als angekaufte, weil sie gewöhnlich treuer waren. Die zweyte natürliche Accession heißt *nativitas insulae*. Wenn nemlich in einem Fluß nach und nach eine Insel entsteht: so gehört sie, wenn man auf die Natur der Sache sieht, dem Eigenthümer des Flusses. Da nun die Flüsse res publicae sind: so gehören auch die Inseln im Fluß dem Staat. Aber die Römischen Gesetzgeber eignen sie denen zu, welche am Ufer des Flusses Güter haben (*1). Die Vertheilung geschieht auf folgende Art. Man ziehe durch

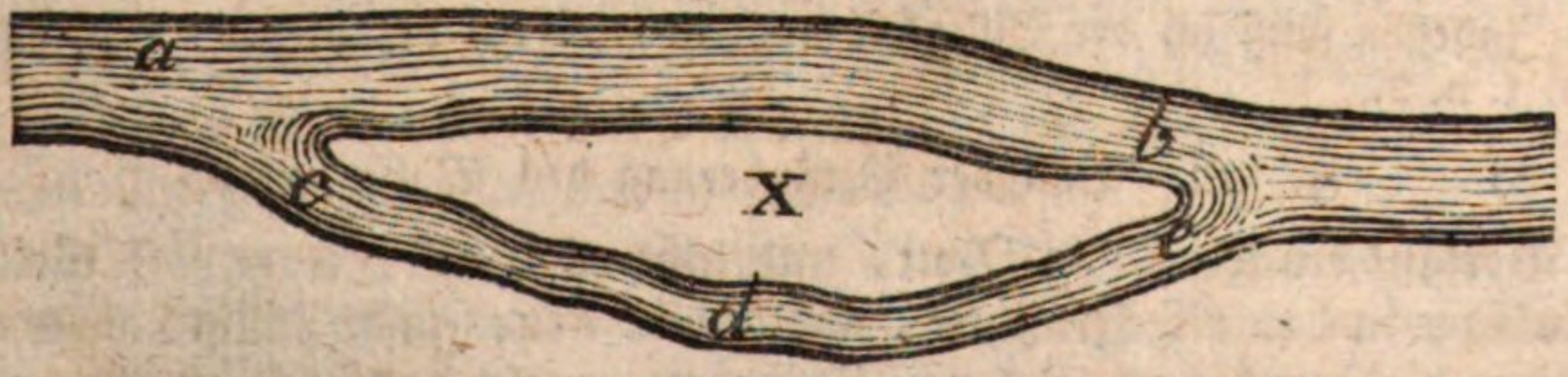
den

den Fluß der Länge nach eine gerade Linie X Y, welche den Fluß in zwey Theile schneidet (*2).



Nun lasse man von den Gränzen der benachbarten Ländereyen m n o p Perpendikel auf jene Linie X Y fallen. Alsdann wird es sich zeigen, wie viel jeder Nachbar bekommt. Der Anläger A bekommt das Stück der Insel a. Der Anläger B das Stück b u. s. w. Fält die Insel nicht in die Mitte des Flusses, sondern ganz diesseits oder jenseits der Mittellinie X Y: so gehört sie den Anlägern des einen Ufers allein.

A erhält nemlich das Stück a, B das Stück b, und C das Stück c. Uebrigens reden wir nur von Inseln, die in Flüssen entstehen. In der See trägt sich dieser Fall wegen der heftigen Bewegung der Wellen nicht leicht zu, es müßte denn durch einen Vulcan gesehen. Wenn er sich aber zuträgt; so ist die neue Insel eine res nullius, und gehört dem, der sie zuerst occupirt. Eben so wenig ist die Rede von Inseln, die ein Fluß aus festem Lande macht. Wenn nemlich ein Fluß, der bisher in dem Wasserbett a b floß, sich theilt, und sich noch einen zweyten Canal a c d e formirt: so wird das Stück X, das vorher festes Land war, zur Insel.



Dieſes aber wird nicht unter die Anläger vertheilt, ſondern bleibt ſeinen vorigen Eigenthümern.

(1) Das Gegentheil ſcheint Labeo in der L. 65. §. ult. D. de A. R. D. zu behaupten. Man ſ. über dieſe Stelle: *Vinn.* ad §. 22. h. t. n. 3. *Water* obſ. lib. 1. cap. 7. *Perrenon.* animad. lib. 2. cap. 16. in theſaur. *Otton.* tom. 1. pag. 646. *D'Orville* diſſ. ad L. 65. in *Oelrichs* theſaur. diſſ. Belgicar. vol. 1. tom. 3. pag. 286. ſqq. Irrig iſt es, wenn einige die neue Inſel den Anlägern iure occupationis zueignen. *Vinn.* l. c. §. 6.

(2) Für Leſer, welchen die Geometrie nicht fremd iſt, merke ich an, daß eigentlich zuerſt der Fluß, ſo weit die Inſel reicht, auf ein rectangulum reducirt, und dieſes der Länge nach durch eine gerade Linie halbirt werden muß. S. *Io. Iac. Riegger* diſſ. de geometria legali, (Alt. 1693.) p. 60. ſq.

§. 311. Von der Alluvion und Avulſion.

Alle Flüſſe nehmen nach und nach hie und da an dem Ufer etwas ab, und ſetzen an andern Orten wieder an. Dieſes Anſetzen heißt *alluvio*, und nach Römiſchen Geſetzen gehörte das angeſetzte Stück dem, an deſſen Länderey es ſich angeſetzt hat; nur muß ſie, wie die Anmerkung ſagt, ein ager arcifinius, nicht limitatus ſeyn. Nemlich einem Stück Land waren entweder von Obrigkeitswegen gewiſſe Gränzen beſtimmt, oder nicht. Im erſten Fall hieß es *ager limitatus*, im letzten *arcifinius*. Der *ager limitatus* war von zweyerley Art. Entweder war einem Bürger eine gewiſſe Hufenzahl gegeben, oder die Gränzen waren durch Zeichen, z. E. Gränzſteine beſtimmt. Jenes hieß *ager limitatus ſtricte*, dieſes *ager adſignatus*. Nur in dem Fall, wenn der ager arcifinius war, und unmittelbar an den Fluß reichte, war der Anwuchs dem Eigenthümer. War der ager limitatus, oder adſignatus: ſo gehörte die Alluvion dem Staat. Wenn der Fluß ein Stück Land auf einmal mit Gewalt abreißt, und mit ſich fortführt; endlich aber dieſes Stück an meinem Land hängen bleibt: ſo iſt der vorige Eigenthümer zwar befugt es zu vindiciren, und wieder an ſein Grundſtück zu ziehen. Wenn er aber dieſes nicht thun will, oder nicht kann, weil das losgeriſſene Stück an meinem Land angewurzelt, oder weil die Vindication aus andern Urſachen unmöglich iſt: ſo werde ich Eigenthümer des Stücks (*1).

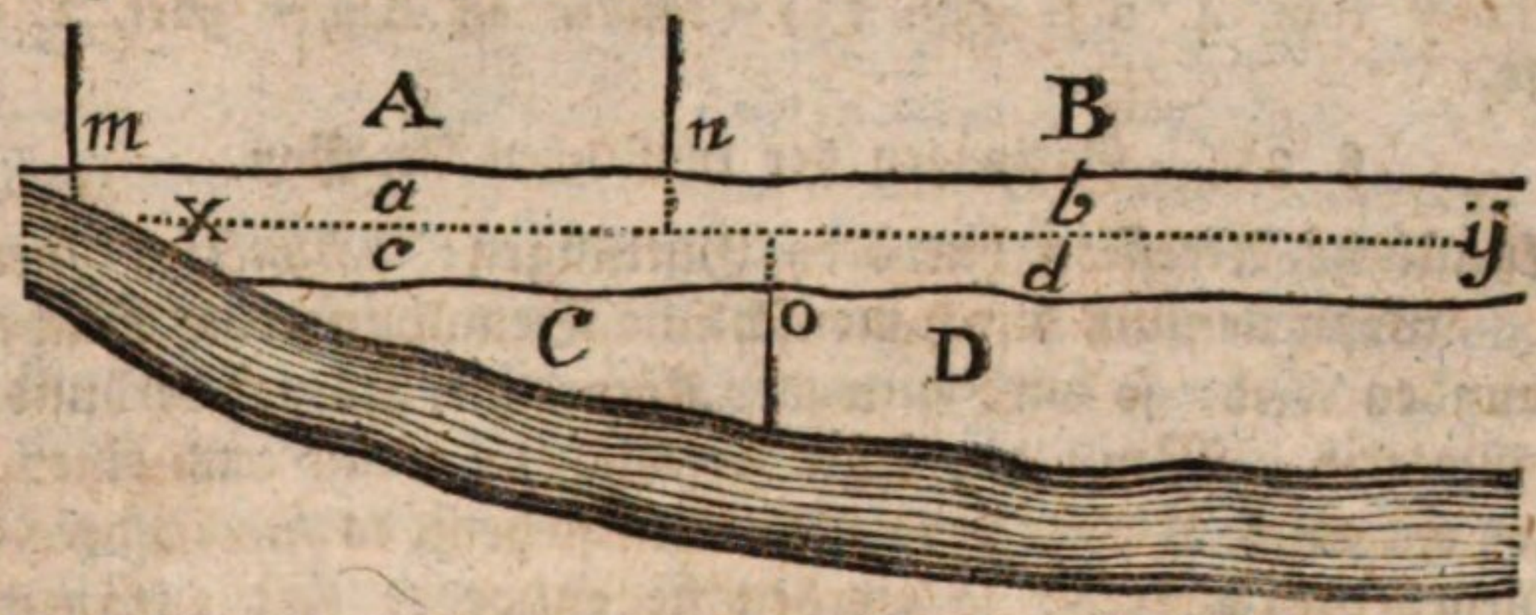
(1) Indeſſen muß ich der Billigkeit nach den Werth bezahlen. *Vinn.* ad §. 21. h. t. n. 2.

§. 312. Von der Veränderung des Waſſerbettes.

Verläßt ein Fluß ſein Bett, und läßt es trocken liegen: ſo theilen ſich die Anläger in das alte Flußbett, wie in eine neue Inſel. Man zieht nemlich eine Linie X Y durch das trockene Waſſerbett, welche es in zwey gleiche Theile

theilt,

theilt, (§. 310. Not. 2.) und auf diese läßt man Perpendikel von den Gränzen der anliegenden Aecker m n o fallen.



Der Besitzer des Feldes A bekommt den mit a bezeichneten Theil des verlassenen Wasserbettes. Der Besitzer des Grundstückes B erhält das mit b bezeichnete Stück u. s. w.

Wenn ein Fluß austritt, und die benachbarte Ländereyen eine zeitlang unter Wasser setzt: so verlieren die Eigenthümer darum nicht ihre Rechte. So lang das Wasser auf dem Land steht, ist das Eigenthum suspendirt; so bald aber der Fluß zurückgeht: so lebt es wieder auf. Ist hingegen die Inundation immerwährend: so hebt sich freylich Eigenthum und Besitz gänzlich auf.

§. 313. Deutsches Recht.

Die bisher vorgetragene Sätze sind heutigestages nicht an allen Orten im Gebrauch. Die Inseln vindicirt sich an den meisten Orten der Landesherr. Wenn indessen ein Fluß zwey territoria scheidet: so können die Grundsätze des Römischen Rechts von Theilung neuer Inseln angewandt werden. 2) An manchen Orten gehören auch die Alluvionen dem Fiscus, welches aber gegen alle Billigkeit streitet (*1). Gleichergestalt schreiben sich die Landesherrn das verlassene Wasserbett eines durch ihr Gebiet laufenden Flusses zu, und belehnen zuweilen eine Familie damit. Z. E. in der Altmark und im Magdeburgischen sind viele Familien, die mit der alten Elbe beliehen werden. Es fragt sich nur: kann der Fiscus mit Recht Inseln, Alluvion und verlassenes Wasserbett verlangen, wenn ihm keine Provincialgesetze oder Landesgewohnheiten zur Seite stehen? Dieß muß man verneinen. Für den Gebrauch des Römischen Rechts wird präsumirt, und allgemeine Deutsche Gesetze fehlen in diesem Stück (*2). 3) Wenn jemand die Dämme nicht im Stand erhält, oder den schuldigen Beytrag zum Wasserbau nicht entrichtet: so verliert er nach der Vorschrift einiger Particulargesetze zur Strafe das Eigenthum seiner überschwemmten Ländereyen nach einem Verlauf von 10 Jahren, und der Landesherr confiscirt sie.

(1) Im

(1) Im Hessen-Darmstädtischen ist durch eine Verordnung vom J. 134. das Römische Recht in Ansehung der Alluvion bestätigt.
(2) *Pufendorf* tom. 4. obs. 238. 239. *Müller* ad *Leyser* part. 2. obs. 112. p. 6. sqq.

§. 314. Gattungen der künstlichen Accession.

Die künstliche Accession hat drey Gattungen: *adiunctio*, *specificatio*, *commixtio*. Wenn nemlich durch menschliche Bemühung eine Sache mit der andern verbunden wird: so wird entweder Körper mit Körper verbunden, oder Form mit Materie. Wenn das letzte geschiehet; wenn aus einer Materie durch Formen ein neuer Körper producirt wird: so heißt es *specificatio*. Kommt aber ein Körper zum andern: so werden sie entweder fest zusammen verbunden, oder werden nur vermischt. Im ersten Fall ist eine *adiunctio*, im letzten *commixtio* vorhanden.

§. 315. Grundsätze derselben.

Die wahre Beschaffenheit der künstlichen Accession wird von den Juristen durchaus undeutlich vorgetragen. Es verhält sich damit (s. die 15. Tabelle) folgendermassen. Wenn eine accessorische Sache mit einer Principalsache durch meine Bemühung vereinigt wird: so ist entweder die Principalsache mein, und ich verbinde mit ihr eine fremde accessorische Sache, oder die Principalsache gehört dem andern, und ich vereinige damit mein accessorium. Im ersten Fall wird die accessorische Sache zwar mein eigen. Allein man schliesse daraus nicht, daß ich sie auch in allen Fällen behalte, daß ich ein unwiederrufliches Eigenthum erhalte. Nein; zuweilen ist mein Eigenthum nur wiederruflich. Gesetzt aber, ich bekomme ein irrevocables Eigenthum: so schliesse man auch ferner nicht, daß ich die Sache umsonst bekomme. Ich muß vielmehr zuweilen dem vorigen Eigenthümer den Werth bezahlen.

Also wären nun zwey Fragen zu beantworten. 1) In welchem Fall bekomme ich durch die künstliche Accession ein unwiederrufliches, und in welchem ein wiederrufliches Eigenthum? 2) In welchem Fall muß ich dem vorigen Eigenthümer den Werth der Sache bezahlen, in welchem nicht? Die erste Frage wird in gegenwärtigem Abschnitt, die letzte im §. 316. beantwortet. Wenn nemlich die accessorische Sache dergestalt mit der Hauptsache verbunden wird, daß sie ohne Schaden nicht wieder davon getrennt werden kann: so bleibt sie dem Herrn der Hauptsache unwiederruflich eigen. *Extinctae* res vindicari non possunt, sagt Justinian §. 26. h t. das heißt, der vorige Herr kann sie sowenig vindiciren, als wenn sie gar nicht mehr existirten. Können hingegen die Dinge ohne Schaden wieder getrennt werden: so wirkt die Accession nur ein wiederrufliches Eigenthum. Denn

der vorige Herr der accessorischen Sache kann actionem ad exhibendum gegen den Herrn der Principalsache anstellen, und verlangen, daß er die Sachen wieder trenne. Ist dieß geschehen: so kann jener seine Sache vindiciren. Z. E. wenn einem Goldfaden gestohlen, und in mein Kleid gestickt wird: so gehört mir der Goldfaden, weil er das accessorium, das Kleid aber das principale ist. Wäre der Goldfaden noch unverarbeitet: so könnte ihn der Eigenthümer vindiciren. Die Accession aber hindert dieß. Ich acquirire auch ein unwiederrufliches Eigenthum; denn der Goldfaden läßt sich ohne Schaden nicht wieder aus dem Kleid nehmen. Aber wenn einem ein Diamant entwendet, und in meinen Ring gefaßt wird: so acquirire ich nur ein wiederrufliches Eigenthumsrecht; denn der Stein läßt sich ohne Schaden wieder ausheben; der vorige Eigenthümer kann also verlangen, daß es geschehe, und wenn es geschehen ist, den Stein vindiciren.

§. 316. Fortsetzung.

In welchem Fall aber muß der Herr der Hauptsache dem Herrn der accessorischen Sache den Werth dafür bezahlen? Man mache einen Unterschied. Entweder bin ich, der Herr der Principalsache, ein redlicher oder unredlicher Besitzer (in bona oder in mala fide). Bin ich in einem unredlichen Besitz, z. E. ich kaufe wissentlich gestohlnen Goldfaden, und lasse ihn in mein Kleid sticken: so muß ich den Werth für die accessorische Sache bezahlen, und kann actione furti, oder condictione furtiva belangt werden. Bin ich aber ein redlicher Besitzer, z. E. ich weiß nicht, daß der Goldfaden gestohlen ist: so distinguire man folgende drey Fälle: a) ich habe den wahren Werth für die accessorische Sache bezahlt; b) ich habe etwas, aber doch nicht den ganzen Werth bezahlt; c) ich habe sie umsonst bekommen. Wenn ich den wahren Werth für die accessorische Sache schon geleistet habe: so leiste ich dem vorigen Eigenthümer nichts weiter. Habe ich etwas bezahlt, aber doch den ganzen Werth nicht, z. E. ich habe für den Goldfaden, welcher 10 Thlr. werth ist, nur 6 Thlr. gegeben: so muß ich dem Eigenthümer den Abgang, also in dem gegebenen Beyspiel noch 4 Thlr. herausgeben. Endlich wenn ich gar nichts für die accessorische Sache gegeben habe, der Goldfaden z. E. ist mir geschenkt worden: so muß ich dem Eigenthümer noch den völligen Werth vergüten.

§. 317. Fortsetzung.

Wenn ich, dieß war der zweyte Fall (§. 315.) eines andern seine Principalsache mit einer accessorischen vereinige, z. E. ich kaufe einen gestohlnen Rock, und lasse ihn mit Gold sticken: so können die Sachen entweder ohne Schaden der Principalsache wieder getrennt werden, oder nicht. Ist jenes, so trenne ich sie; oder wofern ich nicht im Besitz bin, klage ich actione ad exhi-

bendum auf die Trennung, und vindicire alsdann meine Sache. Lassen sich die Sachen aber nicht so trennen: so bin ich entweder in bona fide oder in mala. Bin ich in mala fide: so verliere ich das Eigenthum meiner accessorischen Sache (*1). Wenn ich hingegen in bona fide bin: so befinde ich mich entweder im Besitz der verbundenen Dinge, z. E. des gestickten Kleides oder nicht. Bin ich im Besitz: so kann ich das Retentionsrecht ausüben, d. i. solang die Sache im Besitz behalten, bis mir der vorige Eigenthümer des Kleides Gold und Stickerlohn ersetzt. Wenn ich hingegen nicht im Besitz bin: so steht mir nach Römischem Recht keine Klage zu. Nach der Praxis aber wird sie mir doch nicht versagt werden, weil es höchst unbillig wäre, wenn der andere mit meinem Schaden reicher würde. (S. §. 320.)

(1) Arg. §. 30. h. t.

§. 318. Von der Adjunction.

Die erste Gattung der künstlichen Accession ist die adiunctio, wenn ein Körper mit dem andern verbunden wird, daß sie zwar fest zusammenhängen, aber doch unterschieden werden können. Untergattungen derselben sind die *inclusio*, wenn des andern Stein in meinen Ring, Pettschaft, Ohrengehänge u. d. g. gefaßt wird; *adferruminatio*, wenn eines andern Stück Metall an meine Maschine, Statue, Gefäß u. d. g. angeschweißt wird; *adplumbatura*, wenn das Metall nicht angeschweißt, sondern angelöthet wird; *intextura*, wenn eines andern Gold, Silber, Seidenfäden u. s. w. in mein Kleid genähet, gestickt, gewebt werden; *attextura*, wenn Bänder, Schnüre, Tressen u. d. g. die einem andern gehören, auf mein Kleid genähet werden; *inaedificatio*, wenn jemand auf meinen Grund bauet, oder ich fremde Materialien auf meinem Grund verbaue; *scriptura*, wenn jemand auf mein Papier schreibt; *pictura*, wenn ich auf fremde Materie, Holz, Leinwand, Kupfer u. s. w. mahle.

In allen diesen Fällen acquirirt der Herr der Principalsache das accessorium.

§. 319. Fortsetzung.

Nemlich 1) ich, der Herr des Ringes, Pettschaftes, der Ohrengehänge u. s. w. acquirire den darin gefaßten Stein. 2) Ich, der Herr der Maschine, Statue, des Gefässes u. s. w. erwerbe das angeschweißte oder angelöthete Stück Metall. 3) Die Fäden, welche in mein Kleid genähet oder gewebet werden, desgleichen die Bänder, Schnüre, Tressen, welche darauf genähet werden, sind mein. Unser Autor sagt: *purpura* vesti nostrae intexta aut attexta; weil die Römer Purpurfäden in ihre Tücher webten, und die Kleider mit Purpurstreifen besetzten. 4) Wenn ein Gebäude aufgeführt wird: so ist der Boden

das

das principale, die Materialien sind das accessorium. Das Gebäude gehört also dem Eigenthümer des Bodens; es mag nun einer auf seinen Boden mit fremden Materialien; oder einer mit eigenen Materialien auf ein fremdes Grundstück bauen. 5) Wenn jemand auf mein Papier schreibt: so ist das Geschriebene mir, dem Herrn des Papiers; denn die Römer sehen das Papier als das principale an. 6) Bey den Gemählden waren die alten Juristen zweifelhaft, ob sie die Materie, oder die Mahlerey für das principale halten sollten. Justinian entschied den Streit dahin, die Mahlerey solle das principale seyn. Denn es wäre unvernünftig, sagt er, wenn man das Gemählde eines Apelles oder Parrhasius dem Eigenthümer eines elenden Holzes zusprechen wollte. Andere führen den Grund an, durch das Mahlen geschehe eine Art von Specification (*1). Aus gleichen Gründen behaupten denn auch manche Juristen, daß heutigestages die Schrift principale, und das Papier accessorium sey, da das Lumpenpapier in weit geringerem Werth, als das Aegyptische Papier bey den Römern war (*2). Ich zweifle aber, ob diese Behauptung Grund habe; denn Justinian sagt ja: literae quoque, *licet aureae sint*, chartis cedunt. Auch der Purpur kann mehr werth seyn, als das Tuch, und das Gebäude mehr als der Boden. Demungeachtet sagt das Gesetz: purpura cedit vestimento, aedificium solo. Uebrigens glaube ich mit Balduin (*3), daß der Schreibende, wenn er ein besonderes Interesse hat, die Schrift zu besitzen, sie durch actionem in factum fordern könne.

(1) *Heinecc.* ad *Vinn.* §. 34. h. t. Ausführlich handelt von dieser Materie *Io. Christoph Rudolph* diss. de accessione picturae, (Erl. 1756.) §. 21. sqq.
(2) *Beyer* in posit. ad I. h. t. §. 138. *Lauterbach* coll. th. pr. tit. de adq. rer. dom. §. 106.
(3) *Balduin* ad §. 33. h. t.

§. 320. Vom Bauen.

In Ansehung der Accession, die durch Bauen geschiehet, enthält das Römische Recht einige willkührliche Verordnungen, welche besonders anzuführen sind. Wenn ich eines andern *tignum*, das heißt, seine Baumaterialien, Holz, Stein, Eisen, Ziegel zu einem Gebäude nehme, das auf meinem Grund und Boden aufgeführt wird: so kann der Eigenthümer die Materialien nicht vindiciren; weil (wie die Römische Juristen sagen) sonst das Gebäude wieder müßte niedergerissen werden, welches einen Mißstand in der Stadt verursachen würde (ne urbs ruinis deformetur). Er kann mich aber belangen, daß ich ihm den doppelten Werth seiner Materialien erlegen muß. Wenn das Gebäude nicht mehr steht, sondern wieder zusammengefallen, oder abgerissen ist: so kann der Eigenthümer der Materialien sie durch die Reivindication, oder actionem ad exhibendum zurückfordern. Von den mancherley

Fragen, die in dieser Materie noch aufgeworfen werden können, will ich nur drey bemerken: 1) kann der Eigenthümer der Materialien auch in dem Fall das dulpum verlangen, wenn der Bauende in bona fide ist? Viele Juristen leugnen es, und behaupten, daß dieser nur den einfachen Werth bezahle. Der Vernunft ist diese Meynung auch sehr gemäß. Allein die Römische Gesetze bestätigen doch das Gegentheil zu deutlich, wie Westenberg (*1) zeigt. 2) Wenn der Bauende die Materialien ausnehmen, und dem Eigenthümer in Natur zurückgeben will, ist er dazu befugt? Nach der richtigern Meynung allerdings (*2). 3) Wenn der Eigenthümer des tigni den doppelten Werth erhalten hat, kann er die Materialien demungeachtet im Fall, daß das Gebäude nicht mehr steht, noch in Natur vindiciren? Wofern der Bauende in mala fide war: so geht dieß an, sonst aber nicht (*3).

Baue ich mit eigenen Materialien auf einen fremden Grund: so fällt zwar das Gebäude dem Eigenthümer des Bodens zu. Allein die Frage ist: kann ich nicht den Werth meiner Materialien und die Baukosten fordern? Man distinguire: entweder habe ich *bona fide* gebauet, nicht gewußt nemlich, daß der Boden einem andern gehört; oder *mala fide*. Im letzten Fall kann ich den Werth der Materialien und die Baukosten nicht repetiren; ja so gar die Materialien selbst, wenn das Gebäude wieder umgerissen wird, oder einfällt, nicht vindiciren. Im ersten Fall aber bin ich entweder im Besitz des Hauses, oder nicht. So lang ich im Besitz bin, habe ich das Retentionsrecht; das heißt, ich bin nicht schuldig, das Gebäude abzutreten, ehe mir die Baukosten ersetzt sind. Wenn ich aber das Gebäude nicht besitze: so stehet mir nach der richtigern Meynung keine Klage zu; die Baukosten sind also verlohren (*4).

In der Anmerkung heißt es: heutigestages, wo man mehr auf die Billigkeit, als auf das subtile und strenge Recht siehet, kann der bona fide Bauende, wenn er auch nicht im Besitz des Gebäudes wäre, doch die Baukosten actione in factum (*5) repetiren. Ja einige (*6) gestatten diese Klage sogar dem, der mala fide gebauet hat, auf soviel, als der Herr des Bodens durch das Gebäude bereichert worden ist, oder erlauben ihm wenigstens, es wegzunehmen.

(1) De causis obligat. diss. 6. cap. 2. et 3.
(2) *Westenberg* cap. 2. §. 10. sqq.
(3) *Westenberg* cap. 2. §. 2. 3. 4. 5. 6. *Huber* h. t. §. 39.
(4) *Faber* de error. pragmat. tom. 2. dec. 26. error. 8. et 9. p. m. 40. *Vinn.* in quaest. sel. libr. 1. cap. 24.
(5) *Schilter* Ex. 16. th. 57. Doch wollen einige, als *Reinold* diss. ad tit. D. de A. R. D. cap. 4. in opusc. p. 463. diese Klage nicht zulassen.
(6) *Lauterbach* colleg. tit. de A. R. D. §. 102. *Struv.* Ex. 41. th. 47.

§. 321.

§. 321. 322. Von der Specification.

Die zweyte Gattung der künstlichen Accession ist die *specificatio*. Es fragt sich dabey: I) Was ist die Specification? II) In wie weit ist sie ein modus adquirendi? Die Specification ist die Handlung, da jemand einer Materie eine neue Form giebt, und einen neuen Körper hervorbringt, welcher von dem vorigen dem Geschlecht und Namen nach verschieden ist. Z. E. wenn man aus Mehl Brod bäckt; aus den Trauben Wein keltert; aus der Milch Butter; aus einem unförmlichen Stück Metall ein Instrument macht; einem formirten Metall eine andere Gestalt giebt; z. E. aus einem silbernen Teller Löffel macht: so geschiehet eine Specification. Denn aus dem Mehl wird ein Körper producirt, welcher zu einer andern Classe von Dingen gehört, und einen andern Namen führt. Eben so ist es in den übrigen Beyspielen.

Wann ist aber diese Handlung ein Erwerbungsmittel? Man unterscheide, wie die 16. Tabelle zeigt, folgende Fälle: 1) wenn ich einer eigenen Materie eine neue Form gebe, z. E. aus Trauben, welche mein sind, Wein keltere: so ist zwar der neue Körper, der Wein, mein; aber nicht wegen der Specification, sondern weil die Materie, die Trauben, mein waren. Die Specification ist also kein Erwerbungsmittel. Eben so wenig ist sie dieß 2) alsdann, wenn ich eine fremde Materie auf Verlangen des Eigenthümers, und für ihn, anderst formire; z. E. wenn der Goldschmidt aus dem Gold, das ich ihm gebe, für mich einen Ring macht. Auch 3) wenn ein Eigenthümer die Materie, und ein anderer die Form giebt, in der Absicht, daß der neue Körper gemeinschaftlich seyn soll: so ist die Specification kein Erwerbungsmittel; z. E. der eine macht weisses Kupfer, der andere verarbeitet es; die Waaren werden verkauft, und der Erlös getheilt. Denn der Grund der Gemeinschaft liegt in dem Vertrag, und der darauf erfolgten Tradition. 4) Wenn ich aber aus einer fremden Materie ohne des Eigenthümers Wissen und Willen einen neuen Körper mache, oder machen lasse; z. E. aus gestohlenen Brettern einen Tisch, aus gestohlenem Silber einen Teller machen lasse: alsdann ist der Fall vorhanden, wo die Specification ein Erwerbungsmittel werden kann.

Die alte Juristen stritten zwar darüber. Denn die Sabinianer behaupteten, der neue Körper sey dem Herrn der Materie, nicht dem Specificanten. Sie hielten also die Specification für keinen modum adquirendi. Die Proculejaner aber sprachen den neuen Körper ohne Unterschied dem Specificanten zu; folglich war nach ihren Begriffen die Specification immer eine Erwerbungsart. Justinian entschied diesen Streit durch einige Distinctionen, welche auch schon Cajus, Ulpian und Paullus, wenigstens zum Theil angenommen hatten. Er verordnete folgendes: a) wenn ich den neuen Körper aus meiner und einer fremden Materie zugleich formire: so ist er mein. Hier ist also

die Specification ein modus adquirendi. Wenn ich z. E. gestohlnes Metall kaufe, und es seine Form behält: so kann es der Eigenthümer vindiciren. Lasse ich aber dieses Metall mit meinem eigenen zusammenschmelzen, und daraus ein Gefäß machen: so fällt die Vindication weg; ich habe also durch die Specification das Eigenthum erworben (*1). b) Formire ich ihn aus einer fremden Materie allein, und die Beschaffenheit der Materie erlaubt nicht, dem Körper seine vorige Gestalt wieder zu geben: so ist er ebenfalls mein. Z. E. wenn ich gestohlne Wolle spinnen und Tuch davon weben lasse. Läge die gestohlne Wolle noch unverarbeitet da: so würde sie der Eigenthümer zu vindiciren befugt seyn. Dieß kann er nicht, sobald sie verarbeitet (specificirt) ist. Die Specification ist also ein modus adquirendi. Eben so ist es, wenn ich mir aus gestohlenem Tuch ein Kleid machen lasse. c) Wenn ich aus fremden Materien einen neuen Körper mache, und es ist möglich, ihm seine vorige Gestalt wieder zu geben: so acquirire ich ihn nicht; die Specification ist also kein Erwerbungsmittel. Z. E. ich lasse aus einer gestohlnen zinnernen Schüssel eine Kanne giessen. Denn man kann aus der Kanne wieder die Schüssel machen. Hier kann also der Eigenthümer der Schüssel die Kanne vindiciren. Der Grund von dieser Entscheidung ist freylich nicht der befriedigendste. Justinian sagt: wenn der neue Körper seine vorige Gestalt wieder bekommen kann: so ist die Materie stärker, als die Form, und daher der Körper billig dem Eigenthümer der Materie zuzusprechen. Läßt sich aber der Körper nicht wieder in seine vorige Gestalt bringen: so ist dieß ein Beweis, daß die Form stärker, als die Materie ist; und daher muß man den Körper dem Specificanten zueignen.

Uebrigens glaube man nicht, daß der Eigenthümer der Materie sein Eigenthum schlechterdings verliere, und nichts dafür bekomme. Nein, er kann von dem Specificanten den Werth verlangen; wenn nemlich der Specificant in mala fide ist, oder die Materie umsonst bekommen hat; kurz, man muß in Ansehung dieses Punctes distinguiren, wie im 316 §. gezeigt ist.

Noch einige Fragen sind in dieser Materie zu bemerken. Die erste: muß der Specificant in bona fide seyn, wenn er den neuen Körper acquiriren will? Dieß glauben verschiedene (*2); es läßt sich aber aus den Gesetzen nicht erweisen, wie Bachov (*3) und Voet (*4) zeigen. Die zweyte: gelten Justinians Entscheidungen auch in unsrer Praxis? Einige Juristen leugnen dieß, und substituiren andere Distinctionen (*5). Aber Stryk am a. O. bezeugt, daß Justinians Verordnungen in der Praxis angenommen seyen.

(1) Ich halte dieß wenigstens für die richtigste Meynung mit *Bachov* ad §. 25. I. h. t. und *Walch* controvers. p. 108. Andere, z. E. *Vinnius* ad h. §. *Voet.* ad P. tit. de adquir. rer. dom. n. 21. behaupten, daß in diesem Fall eben das gelte, was Rech-

Rechtens ist, wenn ich einen neuen Körper aus einer ganz fremden Materie formire, und daß man also auch hier distinguiren müsse, ob der neue Körper wieder in seine vorige Gestalt gebracht werden könne, oder nicht. Allein Justinian redet im §. 25. I. h. t. von diesem Fall ohne Distinction. S. *Harmenopul.* lib. 2. tit. 1. §. 27. pag. 129. edit. *Gothofr.*

(2) *Vinn.* ad §. 25. I. h. t. *Stryk* in us. mod. h. t. §. 24. *Cocceii* iur. contr. tit. de adquir. rer. dom. quaest. 21. *Walch* controv. p. 109.

(3) *Bachov.* ad §. 25. h. t.

(4) *Voet.* ad Pand. l. c. S. auch *Harmenopul.* l. c.

(5) Man sehe *Otto* ad §. 25. h. t.

§. 323. Von der Vermischung.

Die dritte Gattung der künstlichen Accession ist die *commixtio*, die Vermischung der Körper. Sie ist entweder Commixtion im strengen Verstand, wenn trockene Körper durcheinander gemischt werden, z. E. wenn Viehheerden zusammen laufen, Fruchtkörner, Geldstücke vermischt werden; oder Confusion, wenn man flüssige oder geschmolzene Materien zusammengießt. Bey der Commixtion bleiben die Körper von einander abgesondert, so, daß man einen vom andern unterscheiden kann; bey der Confusion fliessen sie zusammen, und können nicht mehr distinguirt werden.

§. 324. Fortsetzung.

Wann ist aber die Vermischung ein modus adquirendi? Die commixtio ist dieß, wie Justinian wenigstens behauptet, niemals; die confusio zuweilen. S. die 17. und 18. Tabelle.

Bey der Confusion nemlich unterscheide man folgende Fälle: 1) wenn die Vermischung mit Einwilligung derer geschieht, welchen die vermischte Körper gehören: so ist die Masse gemeinschaftlich, z. E. ich habe einen fetten süssen, ein anderer einen feurigen sauren Wein, und wir machen aus, diese Weine zu vermischen, und das Gemische zu theilen. Allein der Grund dieser Gemeinschaft liegt nicht in der Vermischung, sondern in dem Vertrag der Interessenten, und der darauf erfolgten Uebergabe. Die Vermischung ist also keine Erwerbungsart. 2) Wenn meine Sachen mit des andern Sachen ohne beyderseitige Einwilligung vermischt werden, die Sachen sich aber wieder separiren lassen; z. E. mein Silber wird mit des andern Bley vermischt: so kann jeder von uns die Separation verlangen, und alsdann seine Sache vindiciren, die Confusion ist also kein Erwerbungsmittel, oder, eigentlicher zu reden, man erwirbt dadurch kein unwiederrufliches Eigenthum. 3) Wenn ohne die Einwilligung beyder Interessenten flüßige oder geschmolzene Massen so vermischt werden, daß die Separation unmöglich ist: so ist die Vermischung entweder durch einen Zufall geschehen; z. E. mein Wein wird durch ein Versehen unter

ter des andern Wein gefüllt, oder von einem der Intereſſenten veranſtaltet worden. Iſt das erſte: ſo iſt das Gemiſche gemeinſchaftlich; und die Confuſion eine Erwerbungsart. 4) Wenn ich aber mit Vorſatz meine Materie mit des andern Materie ohne dieſes letzten Einwilligung vermiſche: ſo habe ich entweder einen gerechten Titel, oder nicht. Habe ich einen Titel, z. E. ich kaufe Wein, der einem geſtohlen iſt, und miſche ihn unter den meinigen: ſo acquirire ich die fremde Sache durch die Vermiſchung (* 1). 5) Wenn ich hingegen keinen Titel habe: ſo ſind die Sachen entweder von einerley Art, z. E. ich ſtehle Wein, und miſche ihn unter den meinigen; oder von verſchiedener Art. Im erſten Fall iſt das Gemiſche gemeinſchaftlich. Die Confuſion iſt alſo eine Erwerbungsart. Sind hingegen 6) die Sachen von verſchiedener Art, z. E. ich miſche Citronenſaft, der mein iſt, und Arack, der einem andern gehört, zuſammen: ſo iſt das Gemiſche dem, der es gemacht hat; weil jetzt zugleich eine Specification geſchehen iſt. Die Confuſion iſt alſo auch in dieſem Fall ein modus adquirendi. 7) Wenn Körper, die verſchiedenen Herren gehören, commiſciret werden: ſo geſchieht dieß entweder mit beyder Einwilligung, oder nicht. Im erſten Fall iſt die Maſſe gemeinſchaftlich. Im letzten laſſen ſie ſich entweder wirklich ſepariren, indem jeder Eigenthümer die ihm zugehörige Körper erkennen, zeigen, von den andern unterſcheiden kann, oder nicht. Laſſen ſie ſich ſepariren, z. E. meine Schafe laufen unter eine fremde Heerde, ſind aber gezeichnet; meine Erbſen gerathen unter des andern Hirſen: ſo vindiciret jeder Eigenthümer das ſeinige. Iſt die Separation nicht möglich: ſo habe ich entweder einen Titel, oder keinen. Habe ich einen Titel: (z. E. jemand findet Geld und bezahlt damit, was er mir ſchuldig war, ich miſche dieſes Geld unter das meinige) ſo werde ich Eigenthümer (* 2). Wenn ich hingegen keinen Titel habe, (z. E. bey dem Spiel fällt der Tiſch um, und die Gelder der Spielenden werden vermiſcht, mein Brennholz und des andern ſeines werden durch Zufall durch einander geworfen: ſo iſt die Maſſe gemeinſchaftlich, und jeder nimmt der Zahl, oder nachdem die Sache iſt, dem Maaß nach ſoviel, als ihm gehört. Die Commixtion iſt alſo hier wirklich eine Erwerbungsart, ob es gleich Juſtinian (* 3) leugnet.

(1) L. 78. D. de ſolut. *Alciat.* ad L. 15. D. de reb. cred. Opp. (Baſil. 1582.) tom. 1. p. 333. n. 24. *Fachin.* controv. lib. 11. cap. 51.
(2) L. 78. cit.
(3) §. 28. I. h. t. Sein Grund iſt, quia ſingula corpora in ſua ſubſtantia durant. Aber was folgt daraus? *Thomaſius* ad *Strauch.* diſſ. 6. theſ. 53. *Leyſer* ſp. 449. med. 1.

§. 325.

§. 325. Von der vermischten Accession.

Wir haben nun die natürliche und künstliche Accessionen kennen gelernt. Noch ist die gemischte zu betrachten übrig. Kräfte der Natur und Bemühung des Menschen wirken bey ihr zusammen, und sie hat zwey Gattungen, das Säen und das Pflanzen.

§. 326. Grundsätze derselben.

Der Grundsatz bey diesen Accessionen ist: was auf einen Boden gesäet oder gepflanzt wird, ist accessorium des Bodens; der Boden ist das principale. Das gesäete und gepflanzte gehört also dem Herrn des Bodens.

§. 327. Folgen daraus.

Wenn ich also 1) mein Getreyde auf eines andern Grund säe, etwa aus einem Versehen: so acquirirt er das Getreyde, und wenn ich des andern Saamenkörner, die ihm z. E. gestohlen, und mir verkauft worden sind, auf meinen eignen Boden aussäe: so gehören sie mein. Allein kann ich im ersten Fall die Saatkosten ersetzt verlangen, das heißt, muß mir der Eigenthümer des Bodens den Betrag des Saamens, den Säelohn, den Eggelohn und alle andere Kosten bezahlen? Und kann im zweyten Fall der Eigenthümer des Saamens dessen Werth von mir fordern? Diese Fragen sind nach den im 315. und 316. §. vorgetragenen Distinctionen zu entscheiden. Wenn meine Pflanze auf des andern Boden gesetzt wird: so gehört sie dem Eigenthümer des Bodens, sobald sie Wurzel schlägt; ehe dieß geschehen ist, kann ich sie vindiciren. Gesetzt also, mir werden Bäume gestohlen, und einem andern verkauft, er setzt sie in seinen Garten. Sobald sie Wurzel geschlagen haben, ist er Eigenthümer derselben.

3) Von den Bäumen, die an den Grenzen eines Grundstückes stehen, ist folgendes zu bemerken: a) Steht ein Baum gerade auf der Grenze (in confinio): so ist er gemeinschaftlich (* 1). b) Wenn er aber nahe an der Grenze steht: so gehört er dem, auf dessen Grundstück er herauswächst (in cuius fundo originem habet) (* 2). c) Schadet des Nachbars Baum meinem Gebäude: so kann ich verlangen, daß er ihn ganz abhaue (* 3); thut er hingegen meinem Grundstück, (praedio rustico) Garten, Acker ꝛc. Schaden: so muß der Nachbar die Aeste 15. Fuß von der Erde an abhauen. Die Aeste, welche höher als 15 Fuß von dem Boden entfernet sind, muß ich leiden. Ich muß so gar erlauben, daß der Nachbar die Früchte, welche auf mein Grundstück fallen, aufliesst (* 4), und wenn ich es nicht leiden will, stellt er eine Klage gegen mich an, welche interdictum de glande legenda heißt.

(1) §. 31. I. h. tit. L. 7. §. ult. de A. R. D. L. 19. pr. commun. div. L. 83. pro foc.

soc. Confinium kann die Linie heißen, welche zwey Grundstücke scheidet, aber auch der Rein zwischen denselben. Er war bey den Römern gewöhnlich 5 – 6 Fuß breit, und konnte nach den zwölf Tafelgesetzen nicht usucapirt werden.

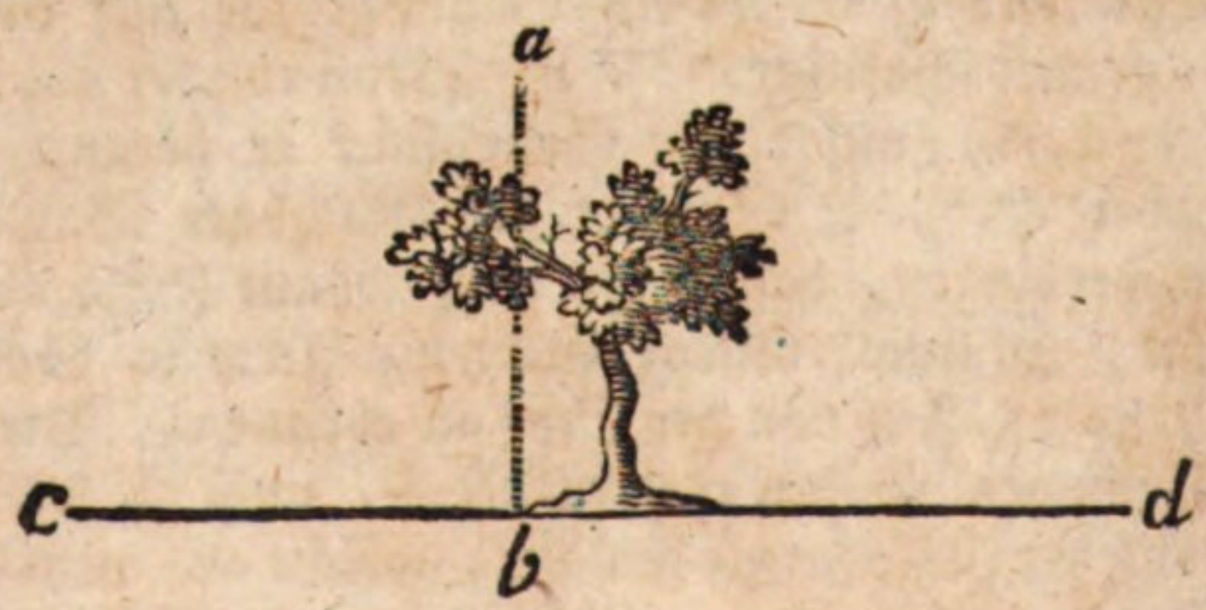
(2) L. 6. §. 2. D. arb. furt. caes. Ich glaube also nicht mehr mit unserm Autor (in den vorigen Ausgaben des Buchs) und andern, daß man das Eigenthum eines Baumes aus der Wurzel beurtheilt habe. Man hätte ja nach dieser Hypothese, um das Eigenthum des Baumes zu erforschen, jedesmal erst den Wurzeln in der Erde nachspüren müßen, eine nicht nur mühsame, sondern auch dem Baum schädliche Operation; und wie wollte man bestimmen, wieviel Wurzeln in meinem, wieviel in des Nachbarn Grundstücke wären, wieviel Antheil also jeder am Eigenthum hätte? Wahr ist es, im §. 31. I. h. t. heißt es: adeo autem ex eo tempore, quo radices egit planta, proprietas ejus commutatur, ut si vicini arbor *ita terram Titii presserit*, ut in ejus fundum radices egerit, Titii effici arborem dicamus; ratio enim non permittit, ut alterius arbor esse intelligatur, quam cujus in fundum radices egisset. Allein diese Worte sind von Cajus, aus der L. 7. §. ult. de A. R. D. erborgt, und die Verfaßer der Institutionen haben den Cajus nicht verstanden. Er sagt: quodsi vicini arborem *ita terra presserim*, (ich habe einen Ast herüber gezogen, und einen Einleger davon gemacht,) ut in meum fundum radices egerit, meam effici arborem, rationem enim non permittere, ut alterius arbor intelligatur, quam in cuius fundo radices egisset. *D'Arnaud* var. coniect. lib. 1. cap. 1. et 2. hat diese Materie sehr ausführlich abgehandelt, und muß vor allen andern nachgelesen werden. Was *Schroeder* in observat. iur. civ. lib. 1. cap. 5. dagegen geschrieben hat, scheint mir nicht hinlänglich, die gemeine Lehre aufrecht zu erhalten.

(3) L. 1. D. de arbor. caedend.

(4) L. 1. D. de gland. leg.

§. 328. Deutsches Recht.

Der heutige Gerichtsbrauch nimmt die bisher vorgetragene Sätze nicht alle an. 1) Wenn des Nachbars Baum meinem Gebäude schadet: so muß er ihn nicht gerade ganz abhauen, sondern nur in soweit, als er mir schädlich ist. 2) Alle Aeste, die auf mein Grundstück herüber ragen, müssen auf mein Ver-



langen weggenommen werden. Z. E. wenn der Garten c b dem X, und der Garten b d dem Y gehört; so muß Y, wenn X. es verlangt, alle Aeste wegnehmen,

nehmen, welche durch die auf der Grenze stehende Perpendicularlinie a b. gehen, nicht blos die, welche keine 15 Fuß von der Erde entfernt sind. 3) Leidet X die Aeste über seinem Grundstück: so kann er die Früchte davon, oder den **Ueberfall**, wie man es nennt, verlangen (* 1). Doch wird an einigen Orten der Ueberfall zwischen den Nachbarn getheilt.

(1) *Stryk* us. mod. tit. de adquir. rer. dom. §. 28. et ad tit. de arbor. caed. *Hahn* ad *Wesenbec.* tit. de glande legenda. *Koch* de iure viciniae p. 529.

§. 329. Von dem Genuß der Früchte.

Ein dritter wichtiger modus adquirendi ist der Genuß der Früchte, fructuum perceptio. Wir müssen vor allen Dingen überlegen, was Früchte sind, und daher zuvor den allgemeinen Begrif der causae kennen lernen. S. die 19. Tabelle.

Causa heißt bey den Römischen Juristen alles, was mit einer Sache in einigem Zusammenhang steht, und dieß ist entweder in der Sache, oder ausser ihr. Im ersten Fall heißt es causa interna, im letzten causa externa. Zu der causa interna gehören a) die moralische Eigenschaften einer Sache, z. E. die Gerechtigkeiten, welche einem Gut ankleben, Jagdgerechtigkeit, Jurisdiction u. s. w. b) Die physische Eigenschaften, z. E. Fruchtbarkeit oder Unfruchtbarkeit, gesunde oder ungesunde Lage eines Gutes, guter oder baufälliger Zustand eines Hauses, Alter oder Jugend eines Pferdes, u. s. w. Die äusserliche causa heißt auch *accessio*, und ist entweder *fructus*, oder *accessio stricte dicta*. Fructus nemlich heissen solche accessiones, die den Grund ihrer Existenz in der Sache haben, z. E. das Gras, das auf der Wiese wächst, gehört zu der Wiese, hat einen Zusammenhang damit. Es ist also causa. Aber es ist nicht in, sondern ausser der Wiese, also causa externa. Der Grund seiner Existenz liegt in der Wiese, folglich ist es fructus. Hingegen die Tapeten sind accessoria stricte sic dicta von der Stube. Denn sie gehören zur Stube, sind also causa; sie sind ausser der Stube, also causa externa, und haben den Grund ihres Daseyns nicht in der Stube, sind also keine fructus.

Die fructus werden auf mancherley Art abgetheilt: a) in ordentliche und ausserordentliche. Ordentliche heissen die, um derentwillen man eine Sache anzuschaffen pflegt. Z. E. einen Acker kauft man um des Getreydes, eine Wiese um des Grases, ein Baumstück um des Obstes willen. Also Getreyde, Gras und Obst sind ordentliche Früchte. Hingegen kauft man einen Wald nicht um Trüffeln, oder Schwämme darin zu finden. Diese Dinge nennt man also fructus extraordinarios. Man rechnet auch die Schätze hierher; allein diese sind gar keine fructus, weil der Grund ihrer Existenz nicht im Grund und Boden liegt. b) Die fructus sind entweder civiles, oder naturales, diese

entweder naturales stricte, oder industriales. Nemlich wenn die Existenz der Früchte einen physischen Grund in der Sache hat: so heissen sie naturales; ist der Grund aber moralisch: so heissen sie civiles fructus. Zu dem ersten gehört z. E. Getreyde, Gras, Obst; zu den letzten z. E. Zinsen von einem Capital; Miethgeld, das man aus einem Hause zieht; der emphyteutische Canon (§. 901.) u. s. w. Die natürliche Früchte kommen entweder ohne Cultur durch die blose Wirkung der Natur hervor, oder sie müssen gesäet, gepflanzt, gepflegt werden. Jene heissen naturales stricte, z. E. Gras, Eicheln, wildes Obst ꝛc. diese industriales, z. E. Getreyde, veredeltes Obst, Gartenfrüchte u. s. w. Endlich c) sind die Früchte entweder pendentes, oder percepti, oder percipiendi. Percipiendi heissen die, welche nicht wirklich gezogen worden sind, aber doch hätten gezogen werden können, wenn der Besitzer der Sache gewollt, und die gehörige Mittel angewendet hätte. Pendentes die, welche noch mit der Sache, auf der sie wachsen, verbunden sind, z. E. das Obst, wenn es noch an den Bäumen hängt; das Getreyde, wenn es noch nicht abgeschnitten; das Gras, wenn es noch nicht gemähet ist. Sobald die Früchte aber von der Sache, wo sie wachsen, separirt sind, heissen sie percepti (* 1).

Dieses vorausgesetzt, wird es leicht seyn, den Begrif der fructuum perceptionis zu verstehen. Wenn ich nemlich eine Sache als Eigenthümer, als Usufructuar, als Miethsmann, als antichretischer Glaubiger, oder als bonae fidei possessor besitze: so gehören die Früchte, welche die Sache hervorbringt, mein. Was ein Eigenthümer ist, wissen wir. (M. s. §. 287.) Usufructuar ist einer, der ein dingliches Recht auf eine fremde Sache hat, vermöge dessen er lebenslang alle Früchte davon genießt. (Man s. den 371. §.) Daß der Miethsmann eines Gartens, Ackers, einer Wiese u. s. w. die Früchte von der gemietheten Sache zieht, ist bekannt, und wird unter (§. 927. u. f. f.) vorkommen. Wenn ich einem eine fruchtbringende Sache zum Unterpfand gebe, und ihm die Früchte statt der Zinsen überlasse: so heißt er ein antichretischer Glaubiger. Auch er genießt also die Früchte. Endlich hat auch der bonae fidei possessor ein gewisses Recht auf die Früchte, welches der folgende Paragraph weiter erklärt.

(1) *Wolffradt* diss. sub praesid. *G. L. Boehmeri*, sistens theoriam generalem de adquisitione fructuum, (Goett. 1783.) sect. 1.

§. 331. Insonderheit des bonae fidei Besitzers.

Nemlich wenn ich eine fremde Sache mit ununterbrochener bona fide und iusto titulo besitze: so werde ich einem wahren Eigenthümer gleich geachtet, und acquirire die Früchte durch die Perception. Also man setzt voraus, daß ich a) eine fremde Sache besitze. Ich kaufe z. E. ein Landgut von einem, der für den

den nächsten Erben des verstorbenen Eigenthümers gehalten wird; nach einiger Zeit aber erscheint der nähere Erbe, nimmt jenem die Erbschaft, und mir das Landgut wieder weg. b) Ich besitze sie bona fide, ich glaube aus wahrscheinlichen Gründen, daß sie mein sey. c) Die bona fides ist ununterbrochen. Denn ich will alle Jahre die Früchte geniessen; folglich muß ich alle Jahre in bona fide seyn. d) Ich habe iustum titulum, das heißt, einen rechtlichen Grund, der es mir möglich gemacht hätte, Eigenthümer zu werden, wenn nur der Verkäufer der wahre Erbe gewesen wäre. e) Ich habe während meines Besitzes auf dem Landgut Früchte gezogen, und sie consumirt, das heißt, sie verzehrt, verfüttert, veräussert. In diesem Fall bin ich nicht schuldig, die Früchte dem Eigenthümer zu ersetzen. Der folgende Abschnitt setzt dieß weiter auseinander.

§. 332. Fortsetzung.

Nemlich 1) die Früchte gehören nicht ehe dem redlichen Besitzer, als bis er sie percipirt, das heißt, von der fruchttragenden Sache abgesondert; z. E. bis er das Obst von den Bäumen genommen, das Getreyde abgeschnitten, das Gras gemähet hat. Solang, als die fructus noch pendentes sind, gehören sie dem bonae fidei possessori nicht. Wenn nemlich der Eigenthümer seine Sache vindiciret: so nimmt er die fructus pendentes mit der Sache weg. 2) Der redliche Besitzer erhält alle Früchte, nicht nur die industriales, sondern auch die naturales. Bachov, Huber und andere (* 1) glauben, daß er nur die erstere bekomme, weil es im §. 35. l. h. t. heißt: der bonae fidei possessor erhalte die fructus *pro cultura et cura*. Allein diese Worte beweisen Hubers Meynung nicht. Denn a) obgleich die fructus naturales keine culturam erfordern: so haben sie doch curam nöthig. Das Gras z. E. ist fructus naturalis, aber gleichwohl muß die Wiese von Moose gesäubert, und gewässert werden; man muß die Maulwurfshaufen niederstossen ꝛc. ꝛc. Ausserdem läßt sich b) antworten, der bonae fidei possessor muß bey einigen Früchten Cultur und Sorgfalt anwenden; dafür bekommt er alle, auch diejenige Früchte, welche keine Wartung erfordern (* 2). 3) Der unredliche Besitzer kann sich gar keine Früchte zueignen; er muß sogar die fructus percipiendos dem Eigenthümer ersetzen. Einige ältere Juristen behaupten zwar, daß dieses eine Ausnahme leide, wenn der malae fidei possessor doch einen Titel habe; z. E. er kauft die Sache, weiß aber, daß der Verkäufer nicht berechtigt ist, sie zu veräussern. Allein diese Ausnahme hat in den Gesetzen keinen Grund (* 3).

(1) *Bachov.* in comment. ad l. §. 35. h. t. *Huber* in praelect. h. t. §. 46.
(2) *Noodt* probab. lib. 2. cap. 7. *Thomas.* ad *Huber.* l. c. *Vinn.* sel. quaest. lib. 1. cap. 25. *Reinold* diff. ad tit. D. de A. R. D. cap. 6. in opusc. pag. 468. *Coc-*

ceji in iure controv. tit. de rei vind. quaeſt. 8. *Walch* controverſ. pag. 111. *Winter* tract. de iure fructuum a b. f. poſſeſſore perceptorum (Ien. 1724. 4.) theſ. 15. und dieſe Meynung iſt auch in der Praxis angenommen. *H. Piſtor* lib. 4. quaeſt. 26. n. 5. 6.

(3) *Hunnius* in reſolut. lib. 2. tract. 1. quaeſt. 35. p. 292. *Cocceji* l. c. quaeſt. 12.

§. 333. Fortſetzung.

Der bonae fidei poſſeſſor acquirirt die Früchte, doch nur mit einer gewiſſen Einſchränkung; nemlich in ſoweit, daß er ſie conſumiren und verjähren kann. Wenn der wahre Eigenthümer kommt, und ſeine Sache vindicirt: ſo kann er a) keinen Erſatz wegen der conſumirten Früchte fordern. b) Wenn die Früchte noch vorhanden, aber über drey Jahre alt ſind: ſo ſind ſie verjährt, und der bonae fidei poſſeſſor giebt ſie nicht heraus. c) Wenn aber die Früchte nicht conſumirt, auch noch nicht verjährt ſind: ſo müſſen ſie dem Eigenthümer verabfolgt werden. Dieß iſt wenigſtens die gemeine Meynung, welche Vinnius, Coſta, Walch, Fricke, und andere (*1) vertheidigen. Sie iſt aber gar nicht auſſer Zweifel. Denn 1) behaupten verſchiedene Juriſten, der bonae fidei poſſeſſor behalte die Früchte ſchlechterdings, auch wenn ſie nicht conſumirt, oder verjährt wären. Dieſe Meynung hat neuerlich Madihn (*2) weitläuftig vertheidigt. Andere (*3) verlaſſen die gemeine Meynung nur in Anſehung der fructuum induſtrialium; in Anſehung der naturalium nehmen ſie dieſelbe an. 2) Glauben nicht wenige Rechtsgelehrten (*4), der bonae fidei poſſeſſor müſſe die conſumirte Früchte erſetzen, wenn er locupletior davon wäre; das heißt a) wenn er ſie veräuſſert hat, und den Werth noch beſitzt; wenn er ſie verzehrt, und deswegen von ſeinem eignen Vermögen weniger ausgegeben, mithin etwas erſpart hat. Z. E. er hat von dem Landgut, das er bona fide beſaß, für 100 Rthlr. Getreyde gezogen, und in ſeiner Haushaltung verbraucht. Wenn er das Gut nicht gehabt hätte: ſo würde er für dieſe Summe Getreyde haben kaufen müſſen. Die Summe iſt alſo wegen dem Genuß der Früchte erſpart; er iſt aus den Früchten nun um 100 Rthlr. reicher (locupletior eſt ex fructibus perceptis). Aber die gemeine Meynung, daß der bonae fidei poſſeſſor einer einzelnen Sache, (von Erbſchaften iſt nicht die Rede,) die fructus conſumtos nicht erſetze, wenn er gleich locupletior iſt, vertheidigen die meiſte und angeſehenſte Juriſten (*5).

(1) *Vinnius* ſel. quaeſt. lib. 1. cap. 26. *Coſta* ad §. 35. I. h. t. *Walch* controverſ. ſect. 2. cap. 2. §. 13. pag. 112. *Winter* l. c. theſ. 16. *Alb. Fridr. Frick* diſſ. de iure bonae fidei poſſeſſoris circa fructus ex re aliena perceptos. (Helmſt. 1769.) §. 4. *Müller* ad *Leyſer* obſ. 244.

(2) Diſſ. de bonae fidei poſſeſſore ſingulari a reſtitutione fructuum perceptorum immuni, Hal. 1754.

(3) Z. E.

(3) Z. E. *Hunnius* in resolut. l. c. quaest. 31. et 32. pag. 281. sqq.
(4) *Struv.* syntagm. iur. civ. Ex. 16. th. 54. *Lyncker* annot. ad Struv. l. c. *Moeckert* diss. de bonae fidei possessore singulari a restitutione fructuum non semper immuni. Ien. 1763.
(5) *Cocceji* iure controv. tit. de rei vind. quaest. 9. *Reinold* diss. ad tit. D. de A. R. D. cap. 6. in opusc. pag. 470. *Leyser* spec. 99. m. 4. *Wernher* P. 1. obs. 318. *Walch* controv. iur. civ. sect. 2. cap. 2. §. 14. pag. 113. *Frick* diss. cit. §. 5. *Trendelenburg* diss. selecta quaedam capita doctrinae de jure possessoris circa fructuum perceptionem. Kil. 1775. c. 3.

§. 334. Von der Uebergabe. Erklärung derselben.

Die letzte natürliche Erwerbungsart ist die **Uebergabe**, *traditio*. Nach dem Naturrecht ist, wenn ein dingliches Recht von einer Person auf die andere übergehen soll, nichts nöthig, als ein Vertrag (*1). Z. E. wenn ich jemanden sein Haus abkaufe, und der Kauf vollkommen ist: so hat sein Eigenthum ein Ende, und ich bin Eigenthümer. Das Römische Recht aber geht in diesem Stück vom Naturrecht ab. Es erfordert zur Translation eines dinglichen Rechtes mehr, als den Vertrag; der Vertrag wirkt nur ein ius ad rem. Wenn ein dingliches Recht transferirt werden soll: so wird noch *traditio*, die Uebergabe erfordert (*2). Was ist also dieselbe? Man bemerke: dieses Wort hat eine doppelte Bedeutung. In dem allgemeinen und vulgären Verstand versteht man darunter eine körperliche Handlung, wodurch der Besitzer seinen Besitz auf einen andern überträgt. Die alten Juristen nennen dieß traditionem nudam. In dieser Bedeutung kann man sagen, daß der Deponent die deponirte Sache dem Depositar tradire; (§. 779.) daß der Verpachter (locator) die Sache dem Pachter, (conductori) (§. 881.) tradire. In engerem und juristischem Verstand hingegen wird der körperliche Actus, wodurch der Besitzer einen andern in Besitz setzt, nur alsdann Tradition genennt, wenn er in der Absicht geschieht, dem andern ein dingliches Recht zu verschaffen. Bey den Alten heißt dieses traditio *vestita*.

Die Note sagt: Uebergabe ist also von der Besitzergreifung verschieden. (§. 281.) Wenn ich dem andern die Sache tradire: so ergreift er auch den Besitz. Aber umgekehrt kann jemand den Besitz ergreifen, ohne daß ein anderer tradiret. Wenn z. E. mein Erblasser gestorben ist, und ich den Besitz seiner Verlassenschaft ergreife: so geschieht keine Tradition.

(1) Dieß ist die richtigere Meynung, die auch *Grotius* de I. B. et P. lib. 2. cap. 6. §. 1. cap. 8. §. 25. *Pufendorf* de I. N. et G. lib. 4. cap. 9. *Huber* digress. lib. 4. cap. 8. *Titius* ad *Pufendorf* de O. H. et C. lib. 1. cap. 12. §. 14. Strube rechtl. Bed. 3. Band, Seite 190. vertheidigen.
(2) *Gottfr. Mascov.* opusc. p. 103. sq.

§. 335. Wie die Tradition geschieht.

1) Die Tradition ist eine körperliche Handlung, das heißt, eine blosse münd-

mündliche oder schriftliche Erklärung, daß ich dem andern die Sache hiermit wolle übergeben haben, ist der Regel nach keine Tradition, es muß noch eine andere äusserliche, in die Sinne fallende Handlung vorgenommen werden. Indessen giebt es doch einen Fall, wo die Erklärung des Eigenthümers allein als eine Uebergabe gilt, wenn nemlich ein anderer meine Sache schon als Nichteigenthümer besitzt, und ich mündlich oder schriftlich erkläre, daß er sie in Zukunft als Eigenthümer behalten soll, das heißt, traditio *ficta*, oder *brevis manus*. Z. E. Jemand hat ein Haus bisher als Miethsmann bewohnt. Jetzt kauft er mir es ab, und ich erkläre, daß er es von nun an eigenthümlich haben solle (* 1). Jede körperliche Handlung, wodurch ich zu erkennen gebe, daß ich den Besitz der Sache auf den andern übertragen haben wolle, ist eine Tradition. Dahin gehört a) wenn ich dem andern eine bewegliche Sache in die Hand gebe, oder sie nur vor ihn lege; b) wenn ich ihn in das Grundstück, z. E. in das Haus, den Garten einführe; c) wenn ich die Sache auf sein Verlangen in seiner Wohnung niederlegen lasse; d) wenn ich ihm erlaube, die Sache, z. E. das verkaufte Faß Wein, zu versiegeln, oder e) einen Wächter dabey zu stellen (* 2). Ja auch durch ein Zeichen kann eine Sache tradirt werden, das heißt, man kann einem statt der Sache etwas übergeben, das die Sache vorstellt. Dieß heißt die symbolische Uebergabe, und dergleichen ist a) wenn ich die Schlüssel zu dem Hause statt des Hauses übergebe, oder b) die von der Sache sprechende Documente statt der Sache; c) wenn ich einen Span aus dem Gebäude schneide, und ihn dem andern zuschicke, (effestucatio); oder einen Erdschollen aus dem Grundstück statt des Grundstückes überreiche (scotatio). Endlich kann man auch eine unbewegliche Sache dadurch tradiren, daß man sie einem von weitem zeigt. Dieß heißt, weil man dabey gewöhnlich den Arm ausstreckt, traditio longae manus.

(1) Man s. von dieser Uebergabe *Vinn.* ad §. 43. h. t. et in sel. quaest. lib. 1. cap. 40.

(2) L. 51. D. de adqu. vel amitt. poss. *Stryk* us. mod. tit. de A. R. D. §. 34.

§. 336. Von der Quasitradition.

Durch die Uebergabe will man den Besitz einer Sache übertragen. Nun sind nur körperliche Sachen ein Gegenstand des wahren Besitzes, daher können auch nur diese in eigentlichem Verstand tradiret werden. Indessen hat doch bey Rechten oder Gerechtigkeiten eine *Quasitraditio* statt. Sie geschieht dadurch, daß der, welchem ich eine Gerechtigkeit überlasse, sie a) mit meinem Vorwissen (* 1), b) ohne meinen Widerspruch, c) Einmal ausübt. Wenn ich z. E. einem die Jagdgerechtigkeit verkauft habe, und er einmal auf die Jagd geht, ohne daß ich etwas dagegen einwende: so ist ihm die Jagdgerechtigkeit quasitradirt.

(1) Arg.

(1) Arg. L. 2. C. de servit. (III. 34.) *Frommann* diss. de ficta s. quasi tradit. §. 31.

§. 337. Die zu tradirende Sache muß vacuae possessionis seyn.

Die Uebergabe geschieht vom Besitzer. Wenn also ein anderer im Civilbesitz meiner Sache ist: so kann ich diese Sache einem Dritten nicht giltig tradiren; d. i. Wenn ich gleich einen körperlichen Actus unternehme, wodurch ich zu erkennen gebe, daß ich dem Dritten die Sache übergeben haben wolle: so bekommt der Dritte doch kein dingliches Recht. Man drückt dieß auch so aus: die Sache, welche man tradiren will, muß *vacuae possessionis* seyn. Verschiedene Rechtsgelehrten (* 1) sind zwar anderer Meynung, aber die Gesetze sprechen deutlich genug für uns (* 2). Wenn ein anderer nur im natürlichen Besitz meiner Sache ist, z. E. mein Haus als Miethsmann besitzt: so kann ich die Sache einem Dritten tradiren.

(1) *Donellus* in commentar. iur. civ. lib. 4. cap. 19. *Eck.* thes. iur. controv. §. 23. *Pufendorf* obs. iur. univ. tom. 1. obs. 2. pag. 2.

(2) L. 13. C. de distract. pign. (VIII. 28.) L. 12. C. de probat. (IV. 19.) Man s. *Contii* disput. lib. 1. cap. 8. *Cocceii* in iur. controv. tit. de A. R. D. qu. 11. Strube rechtl. Bed. 3. Band, 52. Bed. *Walch* controv. p. 117.

§. 338. Weitere Erfordernisse der Tradition.

Die Uebergabe geschieht in der Absicht, ein dingliches Recht zu übertragen. 1) Gebe ich also einem den Besitz meiner Sache ohne diese Absicht: so bekommt er kein dingliches Recht. Daraus folgt, daß, wenn ich meine Sache auf baare Zahlung verkaufe, und in der Voraussetzung, daß die Zahlung sogleich erfolgen werde, die Sache dem Käufer einhändige, dieser aber nicht zahlt, auch mich auf andere Weise nicht befriedigt, er nicht Eigenthümer der Sache wird. Habe ich auf Borg gehandelt, und die Sache übergeben: so ist ein anderes zu behaupten. Wer übrigens behauptet, daß auf Borg gehandelt worden sey, muß es beweisen. 2) Wenn der Tradirende nicht befugt ist, einem andern ein dingliches Recht zu geben: so erhält auch der andere durch die Uebergabe ein solches Recht nicht. Ein Pupill z. E. ist nicht befugt, ohne des Vormundes Einwilligung etwas von seinen Sachen zu veräussern; er kann daher auch für sich nichts giltig tradiren. Eigenthümer braucht man eben nicht zu seyn, um giltig tradiren zu können. Es gibt auch andere Personen, welche eine Sache zu übergeben befugt sind; wie im 8. Titel dieses Buches gezeigt wird. Wenn übrigens der, welchem tradirt wird, irriger Weise, jedoch aus wahrscheinlichen Gründen glaubt, daß der Tradirende zur Tradition berechtigt sey: so wird er durch die Uebergabe ein redlicher Besitzer (bonae fidei possessor).

TIT. II.

DE REBUS CORPORALIBUS ET INCORPORALIBUS.

§. 339. Die Sachen sind entweder körperlich oder unkörperlich.

Wir haben oben mancherley Eintheilungen der Dinge kennen gelernt. (§. 261. 272. 278. 279.) Noch eine ist übrig, welche von den Verfertigern der Institutionen eines eigenen Titels werth geachtet worden ist; dieß ist die Eintheilung in **körperliche und unkörperliche Dinge.** (S. die 2c. Tabelle.)

§. 340. Erklärung beyder Gattungen.

Körperliche Dinge heissen die zusammengesetzte Substanzen. Was keine Substanz, oder nicht aus Theilen zusammengesetzt ist, heißt eine **unkörperliche Sache.** Die Römische Juristen sagen: res corporales sunt, quae tangi possunt, das heißt, die in die Sinne fallen; incorporales, quae tangi non possunt. Aber es giebt körperliche Dinge, z. E. die magnetische Materie, die mit keinem Sinn empfunden werden können. Die erste Definition ist also richtiger. Die unkörperliche Dinge sind entweder 1) **moralische**; dahin gehören a) **Gerechtigkeiten und Ansprüche**; z. E. das Erbrecht, das Recht des Nießbrauches, die Jagdgerechtigkeit, Zehendrecht, Schuldforderungen: b) die **Verbindlichkeiten**, z. E. eine Schuld, die ich einem andern zu bezahlen habe, ist sowohl in Rücksicht auf den Glaubiger, als auf mich eine unkörperliche Sache. Oder 2) **physische.** Dergleichen sind genera und quantitates. Wenn ich nemlich nicht eine **gewisse bestimmte** Sache, sondern eine Sache überhaupt (rem in genere) zu fordern habe: so sagt der Jurist: meine Forderung gehe auf eine unkörperliche Sache. Z. E. jemand vermacht mir eine goldene Uhr; nicht ein **gewisses Individuum**, sondern eine solche Uhr überhaupt. In diesem Fall habe ich eine unkörperliche Sache zu fordern. Wäre mir eine bestimmte, individuelle goldne Uhr vermacht: so hätte ich etwas körperliches zu fordern. Auch die Quantitäten gehören hieher. Wer z. E. 1000 Thlr., 100 Malter Waizen zu fordern hat, der fordert eine unkörperliche Sache.

In der Anmerkung leitet unser Autor die juristische Definition der körperlichen und unkörperlichen Sachen aus der Stoischen Philosophie her. Wer Lust hat, diese Sache weitläuftig und mit Gelehrsamkeit ausgeführt zu lesen, kann die angeführte Meisterische Abhandlung nachschlagen.

§. 341. Unkörperliche Dinge werden nicht besessen, nicht tradiret, sind nicht im Eigenthum.

Die Wörter **besitzen, übergeben, Eigenthum** gehen nach dem Redegebrauch

gebrauch nur auf körperliche Dinge. Von den Gerechtigkeiten sagt man nicht im eigentlichen Verstande, daß man sie im Besitz habe, daß man sie einem tradire, daß einem ein Eigenthumsrecht (§. 287.) darauf zustehe. Indessen sagen doch die Juristen von diesen Dingen quasi possidentur, quasi traduntur, in bonis sunt. Wenn es mir nemlich physisch möglich ist, eine Gerechtigkeit auszuüben: so bin ich im Quasibesitz. Was die Quasitradition der Gerechtigkeiten sey, ist vorhin erst erklärt worden. (§. 336.) Und endlich wenn mir eine Gerechtigkeit dergestalt zusteht, daß ich darüber nach Gefallen disponiren darf: so ist sie *in bonis meis*.

§. 342. Bewegliche und unbewegliche Dinge.

Die körperliche Sachen lassen sich entweder ohne Schaden von einem Ort zum andern bewegen, oder nicht. Im ersten Fall heissen sie bewegliche, im letzten unbewegliche. Also unbeweglich sind a) die Sachen, welche sich gar nicht von einem Ort zum andern bringen lassen, z. E. Aecker, Wiesen, Gärten; b) Dinge, welche man nicht unbeschädigt von der Stelle bringen kann, z. E. Gebäude. Bewegliche Dinge hingegen sind a) solche, die sich selbst von der Stelle bewegen, als Sklaven und Thiere (*res sese moventes*); b) die sich bewegen lassen, z. E. Tische, Stühle, Bücher u. s. w. (*res mobiles stricte*).

Die unbewegliche Sachen sind entweder von Natur oder durch die Disposition der Gesetze unbeweglich, (res immobiles vel *natura*, vel *iuris intellectu* tales sunt.) Es giebt nemlich Sachen, die ihrer Natur nach beweglich sind; aber doch von den Gesetzen unter die unbewegliche gerechnet werden. Der Grund liegt entweder a) darin, weil diese Sachen mit einer unbeweglichen fest verbunden sind; z. E. die Bäume auf einem Grundstück, die fructus pendentes, Tapeten im Hause u. s. w. oder b) weil sie zum beständigen Gebrauch einer unbeweglichen Sache bestimmt sind. Dergleichen sind die Ziegel auf dem Dach, Fenster, Thüren, die Braugefäße in einem Brauhause, Blasebälge, Hämmer, Amboße in einem Eisenhammer (*[1]). Uebrigens ist die Distinction zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen wichtig, weil in vielen Puncten die bewegliche Dinge andere Rechte, als die unbewegliche haben, wie in den Pandecten gezeigt wird. Ich will hier nur einige von diesen Puncten bemerken. In der Lehre von der Verjährung distinguirt man zwischen beweglichen und unbeweglichen Dingen; denn jene werden in drey, diese erst in zehen oder zwanzig Jahren verjährt. (§. 400.) Auch in der Materie vom Heyrathsgut ist die Distinction wichtig. Denn von beweglichen Heyrathsgütern ist der Ehemann unumschränkter Eigenthumsherr, von unbeweglichen nicht immer.

(§. 418.) Einer unbeweglichen Sache können Rechte zustehen, einer beweglichen nicht. (folg. §.)

(1) *Paul Voet.* tr. de mobilium et immobilium natura, (Vltrai. 1666. 8.) cap. 3. seqq. *Ioh. Aug. Hellfeld* diss. de hypotheca mobilium cap. 1. in opusc. pag. 141. seqq.

§. 343. Ob unkörperliche Dinge zu den beweglichen oder unbeweglichen gehören?

Die Distinction zwischen beweglichen und unbeweglichen Dingen paßt nur auf die körperliche; denn die unkörperliche sind weder beweglich, noch unbeweglich. Indessen ist es doch 1) zuweilen nöthig, daß man sie entweder unter die eine, oder die andere Classe rechne. Z. E. wenn jemand den A zum Erben aller seiner beweglichen Dinge, den B zum Erben aller unbeweglichen einsetzt, und sich in der Verlassenschaft unkörperliche Dinge, z. E. Zehendrecht, ausstehende Schulden u. d. gl. befinden. In diesem Fall ist die Sache durch mancherley Distinctionen zu entscheiden (*1). 2) Erfordert es zuweilen die Billigkeit im erklären, daß man unter dem Ausdruck: meine bewegliche und unbewegliche Sachen, auch die Gerechtigkeiten mitbegreife. Der Fall kommt hauptsächlich bey Verpfändungen vor. In Pfandverschreibungen nemlich heißt es zuweilen: ich setze mein Vermögen, bewegliches und unbewegliches zum Unterpfand, und die Frage entsteht: ob auch des Schuldners Gerechtigkeiten darunter zu verstehen sind? Die richtigste Meynung ist die bejahende. Denn wer jene Formel braucht, der denkt sich unter dem Ausdruck beweglich- und unbewegliches Vermögen das ganze Vermögen, und hat nicht die Absicht, die Gerechtigkeiten auszuschließen (*2). Hätte ich hingegen erklärt, daß ich einem meine bewegliche und unbewegliche Sachen schenken wolle: so wäre weniger Grund vorhanden, die Gerechtigkeiten auch unter der Schenkung zu begreifen. Denn Schenkungen sind einschränkend (stricte) zu interpretiren.

(1) Man bemerke nemlich 1) eine Gerechtigkeit, die einer Sache, d. i. allen Besitzern der Sache zusteht, einer unbeweglichen nemlich, (denn beweglichen Sachen kommen keine Gerechtigkeiten zu), ist als etwas unbewegliches anzusehen. Exempel sind das Apothekerrecht, die Schildgerechtigkeit, die einem Hause zustehen, desgleichen die Realservituten.

2) Ein Recht, welches einer Person zukommt, wenn es *ad rem* ist, wird allzeit den beweglichen Dingen zugezählt, gesetzt auch, daß der Gegenstand eine unbewegliche Sache wäre. Wenn mir also jemand ein Haus verkauft, und noch nicht übergeben hat: so ist mein Anspruch an das Haus, als ein Mobile, zu betrachten.

3) Ein *ius in re* hingegen, das eine Person hat, gehört zu den beweglichen Dingen, wenn sein Gegenstand eine res mobilis, zu den unbeweglichen, wenn das Object eine res immobilis ist. Nur bemerke man a) wenn ich, vermöge eines dinglichen Rechts eine Abgabe zu fordern habe: so ist mein Recht,

Recht, auf die schon fällige Termine, als eine bewegliche Sache anzusehen. Z. E. wenn ich das dingliche Recht habe, von einem Acker, eine jährliche Abgabe, von 1 Malter Korn zu verlangen, das mir jedesmal auf Martini geliefert werden muß: so ist zwar dieses Recht überhaupt im Ganzen genommen, eine res immobilis. Allein sobald der Lieferungstermin verstrichen ist: so ist mein Anspruch auf das eine rückständige Malter für eine bewegliche Sache zu achten. Sodann ist b) nicht zu vergessen, daß ein Pfandrecht sich nach dem Hauptrecht richtet, weshalben es gegeben ist. Wenn ich also eine Forderung aus einem Darlehen habe, und mir deswegen das Haus meines Schuldners verpfänden lasse: so wird diese Hypothek den beweglichen Sachen beygezählt; denn mein Anspruch aus dem Darlehen ist ein ius ad rem, folglich beweglich; und dieser Anspruch ist das Hauptrecht, um dessen willen das Pfandrecht bestellt wurde. *Leyser* sp. 26. med. 2. sqq. *Hellfeld* l. c. *Müller* ad *Leyser* obs. 115.

(2) *Franzk.* in comment. ad Pand. tit. de pign. et hyp. n. 117. *Lauterb.* in coll. th. pr. eod. tit. §. 23. *Leyser* sp. 26. m. 1. *Bynkershoek* lib. 3. obs. 2. *Müller* ad *Leyser* obs. 114.

DE ACTIONIBUS EX DOMINIO ORIUNDIS.

§. 344. Klagen aus dem Eigenthumsrecht.

Die Klagen, welche aus dem Eigenthumsrecht entstehen, sind die *rei vindicatio* und *actio Publiciana*. Nemlich rei vindicatio heißt in weitläuftigerer Bedeutung jede Realklage, oder jede Klage, welche aus einem dinglichen Rechte entsteht. (§. 284. 285.) In eigentlichem Verstand aber ist die rei vindicatio die Klage, welche aus der ersten Gattung des dinglichen Rechtes, aus dem Eigenthumsrecht entspringt, kurz, die Eigenthumsklage.

Diese ist von zweyerley Art. (S. die 21. Tabelle.) Entweder wird neben der Vindication zugleich eine Handlung, ein Geschäft bestritten, oder nicht. Jene heißt *rei vindicatio qualificata*, diese *simplex*. Die qualificata ist entweder *querela nullitatis*, oder *actio rescissoria*. Wenn ich bey der Vindication bitte, daß ein gewisser Handel für null und nichtig erklärt werde: so stelle ich querelam nullitatis an; wenn ich aber verlange, daß ein nach strengem Recht giltiger Handel um der Billigkeit willen wieder aufgehoben werde: so ist es actio rescissoria. Man stelle sich z. E. vor, die Sachen des Minderjährigen sind ohne Consens des Vormundes, oder ohne obrigkeitliches Decret veräussert worden. In diesem Fall kann er querelam nullitatis anstellen; nemlich bitten, daß die Alienation für nichtig erklärt, und ihm seine Sache wieder herausgegeben werde. Diese Klage ist nichts anders, als eine Gattung der Rei Vindication, eine qualificata rei vindicatio. Von der actione

rescissoria wird im §. 407. ein Exempel vorkommen; und §. 1102. ein anderes, die actio Paulliana nemlich. Die simplex rei vindicatio entsteht entweder aus einem wahren Eigenthumsrecht; oder aus einem fingirten. Im ersten Fall heißt sie rei vindicatio *civilis*, im letzten *praetoria* oder *actio Publiciana* (*1).

Die Definition der Rei Vindication enthält folgende Charactere: 1) diese Klage wird vom Eigenthümer angestellt. Der Kläger muß also sein Eigenthumsrecht an die Sache, welche er fordert, erweisen. Zu dem Ende muß er entweder zeigen: a) daß ihm der wahre Eigenthümer die Sache iusto titulo überlassen und tradirt; oder b) daß er die Sache durch die Verjährung erlangt; oder c) daß er sie vom landesherrlichen Fiscus gekauft habe. Nemlich, wenn ich eine Sache vom Fiscus kaufe, und tradirt erhalte: so werde ich Eigenthümer, wenn es auch gleich der Fiscus nicht war. Man denke sich den Fall: ein Mensch stirbt ohne Erben; der Fiscus occupirt also die Verlassenschaft, und darunter sind Sachen, welche dem Verstorbenen nicht eigen, sondern nur geliehen waren. Der Fiscus nimmt sie aber bona fide mit der übrigen Verlassenschaft zu sich, und verkauft sie mir. Vermöge eines besondern dem Fiscus zustehenden privilegii werde ich durch diesen Kauf sogleich nach der Tradition Eigenthümer. Oder er muß d) beweisen, daß die Sache res nullius war, und von ihm occupirt worden ist; oder e) daß er sie iure accessionis, oder f) iure fructuum perceptionis besitze; oder g) daß sie mit seinem Geld erkauft worden sey. Nur wird in diesem letzten Fall erfordert, daß er eine von den Personen ist, welche das besondere Privilegium haben, daß Sachen, die mit ihrem Geld erkauft werden, ihnen gehören. Der Regel nach nemlich kann ich eine Sache nicht aus dem Grund in Anspruch nehmen, weil sie ein anderer mit meinem Geld erkauft hat; (§. 278.) z. E. wenn ich meine Börse verliere, ein anderer sie findet, und sich etwas dafür kauft: so ist diese Sache nicht mein. Nur einige Personen, die Pupillen, Minderjährige, und, nach der Praxis, die Kirchen (*2) haben das Vorrecht, daß, wenn ihr Vormund oder Verwalter in ihre Casse greift, und sich etwas vom Geld derselben ankauft, sie es als ihr Eigenthum in Anspruch nehmen können.

Der zweyte Character ist, die Rei Vindication wird gegen jeden Besitzer angestellt. Denn sie ist eine Realklage. (§. 285.) Leugnet der Beklagte den Besitz: so muß ihn der Kläger beweisen (*3). Besitzt der Beklagte nur naturaliter, z. E. als Pachter, Depositar ꝛc. so kann er den Kläger an den Eigenthümer verweisen. Dieß heißt man *exceptionem nominationis auctoris* entgegen setzen (*4). Auch kann 3) der belangt werden, welcher betrüglich (dolo) aufgehört hat zu besitzen. Wenn ich nemlich eine Sache aus meinem

Besitz

Beſitz weggeſchaft habe, in der Abſicht dem Eigenthümer ſeine Rei Vindication zu vereiteln: ſo ſagt man: ich habe dolo aufgehört zu beſitzen. (§. 281.)

4) Die Bitte des Klägers iſt, daß der Beklagte die Sache *cum omni cauſa* herausgeben ſoll (*5). Er muß alſo die Sache herausgeben a) mit den Acceſſionen; z. E. wenn ich die Wieſe vindicire, die durch die Alluvion einen Zuwachs erhalten hat: ſo muß mir der Beſitzer auch dieſen Zuwachs abtreten; b) mit den Früchten. Wenn der Beſitzer in mala fide war: ſo muß er fructus perceptos und percipiendos herausgeben; iſt er aber in bona fide: ſo giebt er nur die fructus pendentes, und ſeparatos exſtantes, nondum uſucaptos. (§. 332. 333.) Endlich c) gehört zu der cauſa auch, daß der malae fidei poſſeſſor den Schaden erſetze, wenn er die Sache verdorben hat. Der bonae fidei poſſeſſor iſt dazu nicht verbunden, wie wir oben gehört haben. (§. 283. 6.)

Muß aber der Eigenthümer dem bonae fidei Beſitzer den für die Sache ausgelegten Werth erſetzen? Der Regel nach iſt er dazu nicht verbunden (*6).

(1) Die rei vindicatio civilis wird auch noch in directam und utilem eingetheilt. Unter der utili werden aber ſo vielerley Klagen begriffen, daß ſich nicht wohl eine allgemeine Definition geben läßt. Man ſ. *Io. Conr. Sigism. Topp* diſſ. de utilis rei vind. ſpeciebus, Helmſt. 1750. wo vierzehen dieſer Klagen angeführt werden. Einige kommen unten vor. (§. 719. §. 903.)
(2) *Topp* l. c. §. 18.
(3) L. 23. pr. L. 25. pr. L. 36. et ult. D. de R. V.
(4) L. 2. C. ubi in rem act. (III. 19.)
(5) L. 20. D. de R. V. L. 31. D. de reb. cred.
(6) L. 23. C. de R. V. (III. 32.) L. 2. C. de furt. (VI. 2.) *Franzk.* lib. 2. reſolut. 9.

§. 345. Von der Publicianiſchen Klage.

Wer die Rei Vindication anſtellt, muß beweiſen, daß er Eigenthümer ſey. Dieſer Beweis aber iſt oft ſehr ſchwer. Ich kann zuweilen zwar ſoviel beweiſen, daß die Sache durch einen rechtmäßigen Titel an mich gekommen iſt, aber nicht, daß mein *auctor*, das heißt der, von dem ich die Sache erhalten habe, Eigenthümer war. Auch iſt die Verjährungszeit noch nicht verfloſſen; denn wäre dieß: ſo wäre ich durch die Verjährung Eigenthümer geworden. In dieſem Fall kommt mir der Prätor zu Hülfe. (§. 51. 52.) Er ſagt: ſi quis id, quod traditur, ex iuſta cauſa non a domino et nondum uſucaptum petet, ſi ea res poſſeſſoris non ſit, iudicium dabo (*1). Mit dieſen Worten wollte er ohne Zweifel ſoviel ſagen: wenn jemand einen rechtmäßigen Titel und modum adquirendi hat, auch in bona fide iſt; ſein Gegner aber, der die Sache beſitzt, entweder keinen rechtmäßigen Titel hat, oder in mala fide iſt: ſo will ich jenem eine Klage geſtatten, will fingiren, als ob er ſein Eigenthum förmlich erwieſen hätte, und den Beſitzer zur Herausgabe der Sache anhalten.

ten. Diese Klage heißt von ihrem Erfinder, einem Prätor Quintus Publicius (*2), *actio Publiciana.*

1) Sie gründet sich also in einem fingirten Eigenthum (*dominio ficto, putativo*); d. i. sie steht demjenigen zu, welcher iustum titulum, modum adquirendi und bonam fidem hat, aber nicht beweisen kann, daß sein Autor auch Eigenthümer war, auch die Sache nicht verjährt hat. Sie hat aber 2) nur statt gegen einen, welcher infirmiore iure, das heißt, ohne rechtlichen Titel, oder mala fide besitzt (*3). 3) Ihr Zweck ist, daß dem Kläger das dominium putativum zuerkannt, und der Beklagte angewiesen werde, die Sache mit aller causa abzutreten.

(1) L. 1. et ult. D. de public. in rem act.
(2) *Io. Guil. Hoffmann* meletem. diff. 7. §. 5. Das Edict selbst erläutert *Reinold* in opusc. p. 358. sqq.
(3) Dieß steht zwar nicht deutlich in den Gesetzen, indessen ist es die der Analogie gemäße, und von den meisten Rechtsgelehrten angenommene Lehre. *Struv.* Ex. 11. th. 45.

TIT. III.

DE SERVITUTIBUS PRAEDIORUM.

§. 346. Uebergang zu dieser Materie.

Wir haben oben gehört (§. 286.) daß das dingliche Recht vier Gattungen habe, Eigenthum, Dienstbarkeit, Erbrecht und Pfandrecht. Die erste Gattung, das Eigenthumsrecht, hat uns bisher beschäftigt, und wir gehen nun zu der andern Gattung, zu den Dienstbarkeiten über.

§. 347. Was ist eine Dienstbarkeit?

Die Servitut oder Dienstbarkeit ist ein dingliches Recht auf eines andern Sache, vermöge dessen er auf dieser Sache entweder etwas leiden muß, oder etwas nicht thun darf, und zwar zum Besten einer Person oder Sache. Also sie ist 1) ein dingliches Recht. Wenn ich nur ein *ius ad rem* gegen einen Menschen habe, vermöge dessen er auf seiner Sache etwas leiden muß, oder nicht thun darf: so habe ich keine Servitut. Z. E. wenn mir einer sein Haus vermiethet: so muß er leiden, daß ich es bewohne. Weil ich aber kein dingliches Recht auf das Haus, sondern nur ein persönliches gegen den Vermiether habe: so steht mir keine Servitut zu. 2) Ist die Servitut ein Recht auf eine fremde Sache. Wir reden also hier nicht von der Knechtschaft, oder von dem Zustand eines Menschen, vermöge dessen er im Eigenthum eines andern ist. Der Sklav ist zwar auch eine

Sache,

Sache, und der Herr hat ein Recht auf ihn. Allein er ist die eigene Sache des Herrn. 3) Sie ist ein Recht, vermöge dessen ein anderer leiden muß, daß ich etwas auf seiner Sache vornehme, was ich ohne Servitut nicht vornehmen dürfte; oder vermöge dessen der andere etwas unterlassen muß, was er sonst vermöge der natürlichen Freyheit thun dürfte. Z. E. wenn mir jemand das Recht giebt, aus seinem Brunnen Wasser zu schöpfen: so muß er etwas leiden, das er ausserdem zu leiden nicht schuldig wäre; wenn mir jemand verspricht, daß auf seinem Hof nie ein Gebäude aufgeführt werden soll, das mir meine Fenster verdunkelt: so muß er nun das Bauen unterlassen, welches ihm vermöge der natürlichen Freyheit erlaubt wäre. In beyden Fällen ist also eine Servitut vorhanden. 4) Dieses leiden oder nicht thun gereicht einem andern Subject zum Besten. Nach dem strengen Recht mußte ein Nutzen in eigentlichem Verstand durch die Servitut befördert werden. Um des Vergnügens willen allein konnte man keine Realservitut bestellen. Nach den neuern Gesetzen und Gewohnheiten aber war dieses erlaubt (*1). 5) Den Nutzen der Servitut genießt entweder die Sache, oder die Person. Daher sind die Servituten von zweyerley Art, entweder *reales sive praediales*, oder *personales*. (S. die 22. Tabelle) Bey jeder Servitut ist das Object, auf welchem die Servitut ruhet, eine Sache. Aber nachdem das Subject, welchem das Recht der Servitut zustehet, verschieden ist, nachdem ist auch die Servitut verschieden. Nemlich wenn die Servitut einem Menschen für seine Person auf lebenslang zustehet: so heißt sie eine persönliche; wenn aber ein solches Recht allen Besitzern einer Sache zukommt: so ist eine servitus realis vorhanden. Z. E. wenn das Recht, Wasser zu schöpfen, mir für meine Person zukommt, so, daß ich es ausüben kann, aber nicht mein Erbe, auch nicht ein künftiger Besitzer meines Hauses: so ist es eine persönliche Servit t. Wenn aber alle Besitzer meines Hauses befugt sind, aus des Nachbars Brunnen Wasser zu holen: so ist dieses Recht eine reelle Dienstbarkeit (*2).

In Deutschland giebt es noch eine dritte Art von Dienstbarkeiten. Sie kommen nicht allen Besitzern eines Grundstückes, sondern einer Person zu; aber sie sind doch nicht auf diese Person eingeschränkt. Sie gehen auf die Erben; man kann sie auch an andere veräussern. Z. E. jemand kann das Zehendrecht haben, dergestalt, daß er es auf seine Erben zu transferiren, daß er es zu verkaufen, zu vertauschen, zu verschenken befugt ist. Diese Servituten waren den Römern unbekannt.

(1) *Noodt* probabil lib. 1. cap. 2. *Zach. Huber* diss. lib. 3. diss. 2. cap. 1.
(2) Ueber den Nutzen des Gutes darf die Servitut nicht ausgedehnt werden. Ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit,

non ultra tamen potest, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus est, sagt L. 5. in f. de S. P. R.

§. 348. Von den persönlichen Servituten.

Die meiste Servituten sind so beschaffen, daß sie der Eigenthümer einem andern nach Belieben entweder als reelle, oder als persönliche ertheilen kann. Einige aber können nach der Vorschrift der Römischen Gesetze nicht anderst, als persönlich gegeben werden. Zu der letzten Gattung gehören vier: ususfructus, usus, habitatio, operae servorum. Denn man kann den usumfructum nur einem Menschen für seine Person geben; nicht allen Besitzern eines gewissen Grundstücks, und so auch bey den übrigen. Alle andere Servituten, ausser den vier angeführten, gehören zu der ersten Art, das heißt, sie können eben sowohl reales, als personales seyn. Sie werden aber gewöhnlich schlechthin servitutes reales genennt, weil sie meistens allen Besitzern einer Sache ertheilt werden, und also in den meisten Fällen reales sind (*1). Einige Rechtsgelehrten behaupten zwar, daß, wenn ich einem ein Recht, welches gewöhnlich eine Realservitut ist, nur für seine Person gäbe, er gar keine Servitut bekomme, allein ohne Grund (*2).

(1) *Berger* resolut. LL. obst. lib. 8. tit. 1.
(2) *Vinn.* ad rubr. tit. de usufr.

§. 349. Von den Realservituten.

Die Römische Juristen erklären die servitutem realem, sie sey eine Servitut, *ubi praedium servit praedio*; das heißt deutlicher, sie ist eine Servitut, die allen Besitzern eines Grundstückes auf ein anderes Grundstück zustehet. Eine servitus realis also setzt schlechterdings zwey Grundstücke oder praedia voraus; eines, dessen Besitzer das Recht der Dienstbarkeit haben, und ein zweytes, dessen Besitzer die Servitut leiden müssen (*1). Das erste heißt *praedium dominans*, das herrschende Gut; das andere *praedium serviens*, das dienstbare Gut. Z. E. wenn mein Nachbar auf seinem Hof nichts bauen darf, was die Fenster meines Hauses verdunkelt: so ist der Hof das praedium serviens, mein Haus das dominans. Wenn ich, um in meinen Garten zu kommen, über des Nachbars Acker fahren darf: so ist mein Garten praedium dominans, des Nachbars Acker praedium serviens.

(1) Diese Güter müssen benachbart, *praedia vicina*, seyn, L. 5. §. 1. de servit. praed. rust. L. 38. sqq. de serv. praed. urb. das heißt, einander so nahe, daß eines aus dem andern Nutzen ziehen kann. L. 7. §. ult. L. ult. de serv. praed. rust. L. 1. de servit. praed. urb. L. 7. §. 1. commun. praed.

§. 350. Sie sind entweder urbanae, oder rusticae.

Die reellen Servituten werden in *urbanas* und *rusticas* eingetheilt. Nemlich

lich praedium urbanum heißt in der Materie von den Dienstbarkeiten jedes Gebäude, es mag in der Stadt oder auf dem Land liegen, es mag zur Wohnung oder zu einem andern oeconomischen Gebrauch bestimmt seyn. Praedium rusticum aber ist jeder leere Platz, z. E. ein Hof, Garten, Acker, Wiese u. s. w. Dieß ist wenigstens die richtigere Erklärung, wie Vinnius (*1), Noodt (*2), und Koch (*3) gezeigt haben. Wenn eine Dienstbarkeit zum Vortheil eines praedii urbani bestellt ist: so heißt sie urbana; gereicht sie einem praedio rustico zum Besten: so heißt sie rustica (*4). Eine und dieselbe Servitut kann also unter verschiedenen Umständen urbana und rustica seyn; z. E. wenn die Besitzer eines Hauses das Recht haben, ihr nöthiges Wasser aus des Nachbars Brunnen zu holen: so ist die Servitut eine urbana. Dürfen aber die Eigenthümer eines Gartens das zum Begiessen der Gewächse erforderliche Wasser in dem benachbarten Brunnen schöpfen: so ist dieselbe Servitut eine rustica (*5).

Die Note sagt: nach dem alten Römischen Recht war die Distinction der Servituten in urbanas und rusticas practisch. Denn diese waren res mancipi, jene nicht. Nachdem aber der Unterschied unter rebus mancipi und nec mancipi aufgehoben ist: so hat auch jene Distinction allen Nutzen verlohren (*6).

(1) *Vinn.* in sel. quaest. lib. 1. quaest. 30.
(2) *Noodt* ad Pand. lib. 8. tit. 3.
(3) Am a. O.
(4) Anderer Meynung sind *Ant. Faber* coniect. lib. 19. cap. 15. *Coras.* ad rubr. tit. P. de servitut. n. 8. sqq. opp. tom. 1. p. 442. sqq. *Pragemann* diss. de genuina notione servitutis praediorum urbanorum, (Ien. 1717.) cap. 4. S. auch *Waizenegger* de servitut. diss. 3. cap. 1. §. 12. pag. 351. sqq.
(5) *Merillius* ad §. 2. I. h. t.
(6) *Thomasii* diss. de servit. stillicidii, §. 15. Das Gegentheil behauptet *Waizenegger* l. c. §. 17. p. 355.

§. 351. Grundsätze bey den Servituten.

Die Hauptgrundsätze bey den Servituten sind folgende: 1) Jede Servitut ist ein Recht auf einer fremden Sache; von meiner eigenen Sache ziehe ich Nutzen iure dominii, nicht iure servitutis. Dieß drücken die Römische Juristen also aus: *res propria nemini servit.* 2) Alle Dienstbarkeiten bestehen darin, daß der Eigenthümer des dienstbaren Gutes etwas leiden, oder unterlassen muß; er muß z. E. leiden, daß ich über seinen Acker gehe oder fahre; leiden, daß ich meine Dachtraufe in seinen Hof fallen lasse; leiden, daß ich die Balken meines Hauses in seine Mauer lege; ꝛc. ꝛc. oder er muß das Bauen unterlassen, wodurch mir mein Prospect verdorben würde; darf in seine eigne Wand keine Fenster machen; darf das Regenwasser von seinem Dach nicht auffangen, sondern muß mir es überlassen ꝛc. ꝛc. Keine Servitut

kann also *in faciendo* bestehen. Pomponius sagt in der angeführten L. 15. §. 1. servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiatur, aut non faciat. Wenn mir jemand verspricht, daß er zum Nutzen meines Grundstückes etwas thun wolle; z. E. alle Jahre meine Aecker pflügen, meine Wiesen wässern, meinen Garten umgraben wolle: so verpflichtet dieses Versprechen zwar ihn und seine Erben. Aber er kann den künftigen Besitzern seines Grundstückes, die nicht seine Erben sind (successoribus singularibus) keine Verbindlichkeit auflegen; er kann nicht versprechen, daß z. E. alle Besitzer seines Landgutes meine Aecker pflügen sollen, u. s. w. und mein Recht gegen ihn und seine Erben ist keine Servitut, hat die Rechte einer Servitut nicht. Einen befriedigenden Grund dieser Regel habe ich nicht finden können. Was man gewöhnlich sagt: servitutem *res* debet, non persona; res autem *facere* non potest; ist soviel als nichts gesagt. Denn man kann eben so wenig behaupten, quod res *pati* aut *non facere* possit; und wenn gleich eine Sache nichts thun kann: so können es doch die Besitzer der Sache. Vielleicht haben die Römer geglaubt, ein Eigenthümer könnte, wenn man servitutes in faciendo consistentes zulasse, sein Grundstück mit so vielen und seltsamen Lasten beschweren, daß es allen Werth verlieren, und niemand es mehr würde haben wollen.

Die Note bemerkt: daß die servitutes, bey welchen der Eigenthümer des praedii servientis etwas leiden muß, *affirmativae*; die aber, wo er etwas unterlassen muß, *negativae* heissen. Also z. E. die Servitut über eines andern Acker zu gehen, zu fahren, ist eine affirmativa; hingegen das Recht, meinem Nachbar das Bauen auf dem Seinigen zu verwehren, eine negativa.

Ausserdem aber muß ich anmerken, daß es in Deutschland die sogenannte Bannrechte (*iura bannaria*) giebt, die man gewissermassen als servitutes in faciendo consistentes ansehen kann. Wir haben Bannmühlen, Bannschenken, Bannbrauhäuser, in welchen die Einwohner eines Orts ihr Getreyde mahlen, ihr Getränke holen, ihr Bier brauen müssen. Sodann geschieht es zweytens sehr oft, daß alle Besitzer eines Gutes zu gewissen Abgaben oder Diensten verpflichtet sind; sie müssen z. E. den Zehenden von den Früchten liefern, Holzfuhren thun, u. s. w. Auch diese Rechte kann man servitutes in faciendo consistentes nennen (*[1]). Ob aber der Römische Grundsatz: servitus in faciendo consistere nequit, deswegen in Deutschland ganz wegfalle, ist bestritten. Ich halte es mit Titius und Hommel, welche behaupten (*[2]), daß nach Deutschen Gewohnheiten eine Servitut in faciendo bestehen könne, wenn sie durch Verträge, oder auf andere gesetzliche Weise constituirt ist. Liegt aber kein solches rechtliches Fundament in der Mitte: so ist freylich der serviens nicht schuldig, etwas zu thun.

3) Alle

3) Alle Servituten sind untheilbar. Denn sie sind unkörperliche Dinge, und es ist unmöglich, sich die Hälfte, ein Drittheil ꝛc. einer Servitut zu denken. Wenn daher a) jemand eine Servitut zu constituiren verspricht, und mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt: so kann jeder Erbe auf die Bestellung der Servitut belangt werden (heredes servitutem promittentis tenentur in solitum). Stirbt der, welchem die Servitut versprochen worden ist, und hinterläßt mehr als Einen Erben: so kann jeder Erbe auf die ganze Servitut klagen (singuli heredes stipulatoris solidum petunt) (*3). b) Eine Servitut haftet daher auch auf dem ganzen dienstbaren Gut, und wenn gleich ein Stück desselben zu Grund gehet; z. E. wenn ein Stück des Gartens, auf dem ich den Nießbrauch habe, vom Wasser weggespült wird: so bleibt sie doch auf dem übrigen Theil. c) Wenn das herrschende Gut an mehrere Eigenthümer gelangt: so kann jeder die Servitut ausüben (*4). Endlich d) wenn ich eine Servitut habe, und nicht alles thue, was ich vermöge ihrer thun dürfte: so erhalte ich mir dennoch die ganze Servitut; z. E. wenn ich vermöge des Beholzigungsrechtes in einem fremden Wald alle Jahre 20 Klafter Holz fällen dürfte, aber lange Zeit nur 12 gefället habe: so ist darum das Recht auf die ganze Anzahl der 20 Klafter nicht verlohren (*5). Aber ist denn auch der ususfructus untheilbar? Viele Juristen (*6) halten ihn für theilbar, andere (*7) für untheilbar. Der ganze Streit ist Logomachie. Das Recht des Nießbrauches ist untheilbar, so wie andere Servituten; aber der Genuß, die *perceptio fructuum*, kann getheilt werden (*8). 4) Nach den Römischen Gesetzen giebt es keine servitutes temporales; das heißt, ich kann einem keine Servitut bestellen auf eine gewisse Zeit (in diem); oder von einer gewissen Zeit an (ex die); auch nicht unter einer Bedingung. Den Grund dieser Verordnung hat Donellus (*9) weitläuftig untersucht. Sie gründet sich doch am Ende auf nichts, als Subtilitäten. Der Prätor, welcher dieses wohl begrif, gab mir daher exceptionem doli oder pacti, wenn ich jemanden eine Servitut unter einer solchen Einschränkung zugestanden hatte, und er die Einschränkung überschreiten wollte. 5) Die servitutes reales müssen causam perpetuam haben, das heißt, ein Recht, welches ich einem andern als eine Realservitut geben will, muß a) so beschaffen seyn, daß es der andere genießen kann, ohne von mir dabey einen Handdienst nöthig zu haben. Z. E. wenn ich in meiner Wand eine Oeffnung habe, durch welche das Wasser aus des Nachbars Hof in mein Haus laufen und meinen Fußboden abspülen kann; und mein Nachbar mir verspricht, jedesmal, so oft es nöthig ist, Wasser vor das Loch zu schaffen: so verbindet das Versprechen ihn, aber nicht alle künftige Besitzer seines Hofes. Diesen kann er diese Last nicht auflegen; es ist auch keine Servitut; denn eine Dienstbarkeit kann, wie wir wissen, nicht in

faciendo bestehen. Eine Servitut hat aber auch b) alsdann keine causam perpetuam, wenn der Nutzen, den man durch die Servitut ziehen will, so leicht erschöpft ist, daß man ihn nicht zu allen Zeiten, so oft man seiner bedarf, erhalten kann. Daher konnte man sich das Recht, aus einer Cisterne, und aus einem Teich, der keine Quellen hatte, Wasser zu schöpfen, nicht als eine Realservitut geben lassen (*10). Indessen hat der Prätor doch in diesem letzten Fall wieder erklärt, daß er einen jeden schützen wolle, der sich im Besitz eines solchen Rechtes befände, wenn es gleich keine causam perpetuam hätte. Da heutzutage eine Servitut in faciendo bestehen kann: so wird auch im ersten Fall eine wahre Realservitut statt finden (*11).

(1) *Titius* in diss. de servitute faciendi (in collect. disp. num. 11.) §. 36. sqq.
(2) *Hommel* rhapsod. obs. 189. p. 178. S. auch Struben rechtl. Bed. 4. Band. Seite 404.
(3) L. 3. D. de servit.
(4) *Hoffmann* tract. de iure rerum individuar. cap. 3. sect. 2. aph. 3. p. 209.
(5) *Ramdohr* diss. de toto iure per partialem usum servato §. 24. *Pufendorf* tom. 3. obs. 188. §. 29. Struben rechtl. Bed. 3. Theil. 167. Seite. *Car. Frid. Seeger* diss. de notione non usus servitutum praedialium praesertim partialis, (Tubing. 1782.) §. 17. sqq.
(6) *Donell.* ad L. 2. D. de verb. oblig. *Goeddaeus* in tr. de contrah. et commit. stipulat. cap. 6. concl. 22. n. 295. sqq. *Cuiacius* lib. 12. obs. 13. *Franzkius* ad Pand. tit. de usufr. adcrescend. n. 20. *Pufendorf* tom. 3. obs. 188. §. 34.
(7) *Hotomann* in quaest. illustr. cap. 18. *Hunnius* ad *Treutler* disp. 27. th. 41.
(8) *Hoffmann* l. c. cap. 1. aph. 7. pag. 14. sqq.
(9) *Donell.* in commentar. iur. civ. lib. 11. cap. 10. Man sehe auch *Iani a Costa* praelect. ad illustriores quosdam tit. iur. civ. (Lugd. Bat. 1773.) pag. 31.
(10) Ausser der im Lehrbuch angeführten Dissertation s. *Duirsema* coniectur. lib. 1. cap 5.
(11) *Wiesand* opusc. pag. 168. sqq. *Leyser* sp. 107. med. 1.

§. 352. Wie die Realservituten entstehen?

Die reelle Dienstbarkeiten können auf mancherley Art entstehen; 1) durch Verträge, wenn ich einem die Servitut durch eine Schenkung, einen Kauf, Tausch u. d. gl. überlasse. Nur ist zu bemerken: wenn mir jemand eine affirmative Servitut durch einen Vertrag überläßt: so bekomme ich durch den Vertrag weiter nichts, als ein ius ad rem; die wirkliche Servitut, das dingliche Recht, erlange ich erst durch die Quasitradition, das heißt, der dominans muß die Servitut Einmal ohne Widerspruch des servientis ausüben (*1). Anderst verhält es sich bey negativen Servituten. Diese lassen sich nicht quasitradiren. Z. E. wenn mir mein Nachbar verspricht, in seine Wand keine Fenster zu machen: so habe ich eine negative Dienstbarkeit. Wie kann man aber diese

qua-

quasitradiren? Daher erfordern die Gesetze die Quasitradition nur bey den affirmativen Dienstbarkeiten. 2) Durch letzte Willensverordnungen, z. E. ich vermache jemanden das Recht, daß er und alle Besitzer seines Landgutes in meinem Walde jagen dürfen. 3) Durch die Verjährung. Ich will diesen Punct zuerst historisch, alsdann aber dogmatisch erläutern. In der Geschichte dieses Artikels sind fünf Perioden zu unterscheiden.

I. Die Gesetze der 12 Tafeln erlaubten die Usucapion der Dienstbarkeiten nicht. Sie redeten nemlich nicht davon, sagten nur, bewegliche Sachen sollten in Einem Jahre, unbewegliche in zwey Jahren usucapirt werden; man glaubte also, die Verjährung der Dienstbarkeiten sey stillschweigends verboten. II. In den mittlern Zeiten Roms, bis unter Augusts Regierung hin, wurde die Usucapion bey Dienstbarkeiten verstattet (* 2); wenigstens bey servitutibus rusticis; denn in Ansehung der urbanarum ist die Sache zweifelhaft (* 3). III. Zu des K. Tiberius Zeit wurde durch das Scribonische Gesetz das alte Recht wieder eingeführt, und die Usucapion, die zweyjährige nemlich, der Servituten untersagt. IV. Indessen versprach der Prätor, einen im Besitz zu schützen, welcher lange Zeit die Servitut nicht heimlich, nicht mit Gewalt und nicht bittweise ausgeübt habe (* 4). V. Justinian hat die *praescriptionem longi temporis* bey den Dienstbarkeiten zugelassen (* 5). Auch die praescriptio longissimi temporis ist dabey nicht ausgeschlossen.

Nach Justinianeischem Recht verhält sich also die Sache folgender Gestalt. Wenn ich eine Servitut durch Verjährung erlangen will: so habe ich sie entweder durch einen rechtmäßigen Titel erworben, und *bona fide* ausgeübt, oder nicht. Im ersten Fall wird die Servitut binnen langer Zeit präscribirt, das ist, binnen zehen Jahren, wenn der Eigenthümer des dienstbaren Guts gegenwärtig ist; binnen zwanzig Jahren, wenn er abwesend war. Man muß sich den Fall denken, daß mir die Servitut ein *non dominus* bestellt; oder deutlicher und genauer, daß ein Mensch, der nicht dazu befugt war, mir eine Dienstbarkeit bestellt. Denn wenn mir einer dergleichen giebt, welcher dazu berechtigt ist: so acquirire ich die Servitut sogleich, und es bedarf keiner Präscription. Wir gehen zum zweyten Fall, wenn ich die Servitut nicht durch rechtmäßigen Titel erhalten, oder nicht bona fide ausgeübt habe. Fehlt es am Titel, aber bona fides ist doch vorhanden: so kann ich die Servitut durch die Präscription von dreyßig Jahren erwerben. Fehlt aber bona fides; so ist die Präscription der Servitut unmöglich; denn ohne bonam fidem kann ich schlechterdings nichts durch Verjährung erwerben.

Allein giebt es denn nicht noch eine andere Präscription der Servituten ausser der vorhin beschriebenen? Viele Rechtsgelehrten (* 6) behaupten dieß. Sie nennen dieselbe *praescriptionem servitutum extraordinariam*, und dage-

gen

gen die vorhin beschriebene *ordinariam*. Sie glauben nemlich, daß einer, der eine Servitut zehen Jahre lang gegen den Eigenthümer mit dessen Vorwissen, und ohne dessen Widerspruch ausgeübt hat, wenn es ihm auch am iusto titulo und der bona fide fehle, die Servitut acquirirt habe. Diese Meynung soll sich in der vorhin angeführten L. 10. pr. D. si servitus vind. gründen, aber sie läßt sich daraus nicht beweisen. Der Prätor verspricht zwar, wie ich vorhin gesagt habe, nach diesem Gesetz einen zu schützen, der zehen Jahre lang eine Servitut ruhig ausgeübt hat; aber daß einer die Servitut dadurch allein erwerben könne, wird nicht darin gesagt (* 7).

4) Wenn das dienstbare Gut vom Eigenthümer des herrschenden acquirirt wird, oder das herrschende vom Eigenthümer des dienstbaren; kurz, wenn die beyde Grundstücke an einen Herrn kommen, oder wie die Juristen sagen, consolidirt werden: so hört die Servitut auf.

(1) Wie *Vinn.* ad §. 4. h. t. n. 6. gegen Bachov zeigt.
(2) *Pufendorf* tom. 3. obs. 188. *Iani a Costa* praelect. ad illustrior. tit. iur. civ. p. 47. sqq.
(3) *Otto* diss. de usucap. servit. cap. 2. §. 3.
(4) L. 10. pr. si serv. vind.
(5) L. ult. C. de praescript. long. temp. (VII. 33.)
(6) *Vasquius* in controvers. illust. lib. 2. cap. 65. *Vinn.* lib. 1. qu. 31. *Struv.* Ex. 3. th. 38. *Berger* resolut. LL. obst. lib. 7. tit. 1. qu. 2. *Pufendorf* tom. 1. obs. 32. *Westphal* tract. de libertate et servitute praedior. pag. 571.
(7) *Hert* diss. de quasi possid. probante sect. 2. §. 3. *Leyser* sp. 110. med. 4. *Lauterb.* coll. th. pr. tit. de servitut. th. 14. *Wernher* part. 3. obs. 73. Cramer Wezl. Nebenst. part. 14. pag. 40. *Hellfeld* iurispr. forens. §. 629. not. X.

§. 353. Wer ist bey den Servituten zur Ausbesserung des Gegenstandes verbunden?

Wenn die Frage entsteht: wer ist zur Ausbesserung des Gegenstandes verbunden, der zur Ausübung der Servitut erforderlich ist, z. E. wer ist verbunden, die Pumpe ausbessern zu lassen, wenn ich das Recht habe, aus des Nachbars Brunnen Wasser zu holen, den Weg auszubessern bey der servitute viae: so ist entweder etwas darüber ausgemacht, oder nicht. Im ersten Fall gilt der Vertrag und verpflichtet nicht nur den Promittenten und dessen Erben, sondern auch alle künftige Besitzer des praedii servientis (* 1). Ist hingegen nichts ausgemacht: so hat man drey verschiedene Meynungen. Die erste ist, der Eigenthümer des herrschenden Gutes müsse die Ausbesserung übernehmen (* 2). Die zweyte: der Regel nach sey zwar der Eigenthümer des herrschenden Gutes dazu verpflichtet, nur bey der servitute oneris sey eine Ausnahme (* 3). Die dritte endlich: Man müsse einen Unterschied machen; wenn der Gegenstand dem Eigenthümer des herrschenden Gutes zugehöre: so müsse er repariren, z. E. wenn ich das Recht hätte, durch

Röh-

Röhrenwasser über des Nachbars Hof zu leiten: so müßte ich die Röhren ausbessern lassen. Wenn hingegen der Gegenstand dem Eigenthümer des dienstbaren Gutes gehöre: so müsse er repariren (* 4). Ich halte die erste dieser Meynungen für die richtige, (* 5) doch mit dieser Erklärung: der dominans ist nicht dem *servienti* zur Ausbesserung verbunden, daß ihn dieser darauf belangen könnte, sondern er muß es seines eigenen Nutzens wegen thun, wenn er die Servitut ausüben will. Allein eben so wenig kann auch der dominans den Servienten auf die Reparatur verklagen; dieser ist befugt, den Gegenstand der Servitut ganz verfallen zu lassen, wenn er will. Daß auch bey der servitute oneris ferendi keine Ausnahme zu machen sey, will ich §. 357. zeigen.

(1) L. 6. §. 2. D. si servit. vind. Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat, et *aedificia reficiat, ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est.* S. auch L. 33. de S. P. V. *Huber* praelect. ad P. tit. de servit. n. 3. in fin. *Boehmer* de act. sect. 2. §. 39.

(2) *Huber* prael. ad Pand. tit. de servitut. n. 2. *Walch* controv. p. 140. sqq.

(3) Siehe die bey dem §. 357. angeführte Schriften.

(4) Heißler Erörterung der Frage: ob in den Dienstbarkeiten der Herr des dienstbaren Gutes zu repariren schuldig sey? in Schotts juriſt. Wochenbl. 2. B. 618. u. f. f. S.

(5) Dann in der L. 6. §. cit. heißt es: in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem asserit. Daß hier bloß die Meynung des Gallus angeführt, aber nicht gebilligt werde, läßt sich mit Heißler a. a. O. nicht behaupten.

§. 354. Die Dienstbarkeiten sind nicht theilbar.

Die Servituten sind untheilbar, man muß sie einem ganz geben oder gar nicht. Daß man sich einen Theil einer Servitut geben lasse, gehet nicht an. Indessen ist es gar wohl erlaubt, die Servitut auf Zeit, Ort, oder andere Art einzuschränken. Ich kann einem z. E. die Weidgerechtigkeit, aber nur in gewissen Monaten, nur mit einer gewissen Anzahl Vieh geben, ich kann einem das Recht geben, drey, und nicht mehr, offene Fenster nach meinem Hofe zu haben ꝛc.

§. 355. Welches sind die servitutes praediorum urbanorum?

Die servitutes praediorum urbanorum sind: servitus oneris ferendi, tigni immittendi, (das Trammrecht), proiiciendi, protegendi, stillicidii vel fluminis recipiendi, (Dachtraufsrecht) vel non recipiendi, altius tollendi vel non tollendi, luminum et ne luminibus officiatur, (Fensterrecht,) prospectus et ne prospectui officiatur (das Recht der Aussicht). Man bemerke nur, wenn diese Dienstbarkeiten unter die urbanas gerechnet werden: so ist dieß nicht so zu verstehen, als ob sie alle schlechterdings urbanae seyn müßten. Nein, sie werden

hier nur urbanae genennt, weil sie es meistens sind. Einige davon, die servitus stillicidii non recipiendi, altius non tollendi und ne prospectui officiatur, können auch rusticae seyn. Wenn nemlich ein anderer das von seinem Dach fallende Regenwasser nicht auffangen, sondern mir zum Besten meines Gartens überlassen muß: so ist servitus stillicidii non recipiendi eine rustica. Wenn der Nachbar nicht höher bauen darf, um meinem Garten Sonne und Luft nicht zu benehmen: so ist servitus non tollendi eine rustica. Wenn er den Prospect aus dem Garten nicht verderben darf: so ist eine rustica servitus, ne prospectui officiatur, vorhanden (* 1).

(1) *Berger* resolut. LL. obst. lib. 8. tit. 1.

§. 356. Von der servitute oneris ferendi.

Die erste servitus urbana ist also *servitus oneris ferendi.* Sie bestehet in dem Recht, mein Gebäude auf einem Fundament ruhen zu lassen, das einem andern gehört; z. E. auf einer Säule, Wand, Mauer, einem Gebäude des andern. Strube (* 1) hat einen Fall, wo ein Nachbar seinen Keller unter des andern Haus hatte, wo also dem Haus die servitus oneris ferendi auf dem Kellergewölbe zustand.

(1) Rechtl. Bed. 4. B. 158. Bed.

§. 357. Fortsetzung.

Bey dieser Servitut entstehet zuweilen die Frage: wer das Fundament im Fall, daß es schadhaft wird, zu repariren schuldig sey? Man mache auch hier wieder den §. 353. vorgetragenen Unterschied: entweder ist darüber etwas ausgemacht, (welches dann wohl bey den Römern gewöhnlich geschah) oder nicht. Im ersten Fall bleibt es bey dem Vertrag; im letzten aber behaupten die meiste Juristen (* 1), der Herr des dienstbaren Gutes müsse repariren, und sagen daher: die servitus oneris ferendi sey anomala, unregelmäßig, weil sie in faciendo bestehe. Aber richtiger ist, daß keiner, weder der Herr des dienstbaren, noch des herrschenden Gutes dem andern zu der Reparatur verbunden ist; keiner den andern dazu zwingen kann (* 2). Will indessen der Eigenthümer des Gebäudes es nicht einfallen lassen: so muß er freylich seines eigenen Vortheils wegen das Fundament repariren (* 3).

(1) *Manz* tract. de servitutibus tit. 2. quaest. 6. num. 4. in bibl. aurea tom. 1. p. 227. *Müller* ad *Struv.* Ex. 13. thes. 9. tit. β. *Stryk* in usu mod. tit. de servit. praed. rust. §. 2. *Cocceji* in iure controv. tit. de servitut. quaest. 11. *Voetius* ad Pand. tit. de servitut. praed. urb. §. 1. *Lauterb.* coll. theor. pr. eod. tit. §. 2. *Koch* de iure viciniae cap. 3. §. 5. ibique *Beck* pag. 533.

(2) Denn in keinem Gesetz ist die servitus oneris ferendi von der allgemeinen Regel ausgenommen. In der L. 8. pr. si servitus vind. heißt es zwar: *sicut autem*

tem refectio parietis ad vicinum pertinet, ita fultura aedificiorum vicini, cui servitus debetur, quamdiu paries reficietur, ad inferiorem vicinum non debet pertinere. Allein es läßt sich nicht beweisen, daß das Wort pertinet so viel heißt, als der serviens ist dem *dominanti* verbunden zu repariren. In eben dieser Stelle §. 2. steht: distant autem hae actiones, (nemlich confessoria ex servitute oneris ferendi und confessoria ex servitute tigni immittendi) quod superior quidem locum habet etiam ad compellendum vicinum reficere parietem, haec vero locum habet ad hoc solum, ut tigna suscipiat. Man kann und muß aber, wenn Ulpian, der in der L. 6. §. 2. sagt: in *omnibus* servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem asserit, sich nicht widersprechen soll, annehmen, daß er in der L. 8. von dem Fall rede, wo der serviens sich durch einen Vertrag zur Ausbesserung anheischig gemacht hat, von welchem Fall auch L. 33. D. de S. P. V. handelt. Es ist auch der Vernunft gemäs, daß der Serviens nicht zur Reparatur verbunden sey; denn dadurch, daß ich einem andern erlaube, auf meine Fundamente zu bauen, mache ich mich nicht verbindlich, das Fundament zu repariren; und es ist nicht zu glauben, daß die Römische Gesetzgeber von ihrer Regel, keine Servitut besteht im Thun, bey der servitute oneris ferendi so weit sollten abgewichen seyn, daß sie den Servientem, auch ausser dem Fall eines Vertrags, sollten zur Ausbesserung verpflichtet haben.

(3) Strube am a. O. *Walch* controv. iur. civ. sect. 2. cap. 3. §. 19. pag. 140. *Heineccii* elem. iur civ. sec. ord. Pand. tit. de S. P. V. §. 142. *Hellfeld* ad Pand. eod. tit. §. 667.

§. 358. Von der servitute tigni immittendi.

Die servitus tigni immittendi, das Trammrecht, ist das Recht, einen hervorragenden Theil meines Gebäudes, einen Balken, Stein, eine eiserne Klammer u. d. gl. in des Nachbars Wand zu schieben. Ohne eine Servitut bin ich nicht befugt, irgend etwas von meinem Gebäude in des Nachbars Wand zu schieben, und wenn ich es de facto thue: so kann es der Nachbar eigenmächtig herausschlagen. Was ist aber Rechtens, wenn ich das Trammrecht erhalten habe, und die Balken abfaulen, bin ich alsdann befugt neue einzulegen? Nach dem Naturrecht ohne Zweifel. Hingegen L. 14. D. si servit. vind. scheint es zu verbieten, und die alten Ausleger nennen daher dieß Gesetz textum mirabilem. Aber man muß es von dem Fall erklären, wenn ich mehr Balken einlegen will, als ich bisher in der Wand liegen hatte, und als ich einzulegen befugt bin (* 1).

(1) *Anton. Faber* in rational. ad L. 14. cit. *Voet.* ad Pand. tit. de servitut. praed. urb. num. 2.

§. 359. Von der servitute proiiciendi und protegendi.

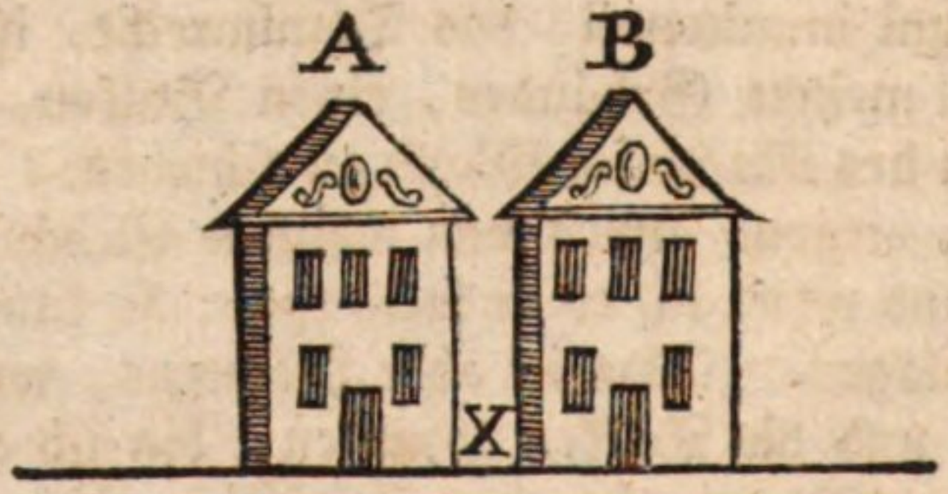
Servitus proiiciendi besteht in dem Recht, einen Theil meines Gebäudes über des andern Grundstück in seine Luft ragen zu lassen, doch so, daß es nicht auf dem Grundstück ruhet (* 1), z. E. also das Recht, einen Erker über

des Nachbars Garten anzulegen. Die Luft, welche über meinem Grundstück ruhet, ist mein, und niemand darf ohne meine Erlaubniß hinein bauen. (§. 272.) Gebe ich einem diese Erlaubniß: so heißt es servitus proiiciendi. Die servitus protegendi bestehet in dem Recht, ein Wetterdach (protectum) über des andern Grundstück an meine Wand zu machen. Denn auch dieses darf ich ohne Servitut nicht machen, weil es in des andern Luft ist.

(1) Also sie besteht nicht, wie einige sagen, in dem Recht, etwas auf des Nachbars Grund zu schütten, oder zu werfen.

§. 360. Von der servitute stillicidii.

Stillicidium heißt das Regenwasser, welches tropfenweise vom Dach fällt, kurz, die Dachtraufe, flumen, das Regenwasser, das in Kanäle gesammelt, sich herunterstürzt. Wenn der Nachbar leiden muß, daß meine Dachtraufe auf sein Grundstück fällt: so ist es servitus stillicidii recipiendi; und wenn ich das Wasser durch Kanäle auf seinen Grund leiten darf: so ist es servitus fluminis recipiendi. Die servitus stillicidii und fluminis non recipiendi können auf zweyerley Art vorkommen: 1) wenn ich mein Regenwasser nicht an einen Ort fallen lassen darf, wo es nach den gemeinen Rechten hinfallen dürfte, z. E. nicht in den Zwischenraum X meines Hauses A, und des benachbarten Hauses B.



2) Wenn ich das Regenwasser, welches auf mein Dach fällt, nicht auffangen, sondern dem Nachbar zu seinem Nutzen überlassen muß. In dieser letzten Form kann sie an solchen Orten, wo das Quellwasser rar ist, und man sich des Regenwassers zum oeconomischen Gebrauch bedient, nützlich seyn.

§. 361. Von der servitute altius tollendi und non tollendi.

Die servitus altius non tollendi bestehet ohne Zweifel in dem Recht, meinem Nachbar das höher bauen seines Hauses zu wehren. Nach der natürlichen Freyheit kann jeder so hoch bauen, als er will. Mir kann aber wegen des Windes, wegen der Sonne, und wegen anderer Ursachen viel daran gelegen seyn, daß mein Nachbar sein Haus nicht höher bauet, als es jetzt ist.

Lasse

Lasse ich mir also von ihm versprechen, daß er nicht höher bauen wolle: so habe ich servitutem altius non tollendi. Was aber servitus altius tollendi gewesen sey, ist schwer zu sagen, und sehr controvers. Selchov hat die verschiedene Meynungen gesammlet (*1). Die richtigste Erklärung ist folgende: bey den Römern hatte man Gesetze, welche den Häusern eine gewisse Höhe vorschrieben. Nemlich L. 12. Cod. de aedif. privat. sagt: wer sein altes Haus renovirt, soll die vorige Höhe (veterem formam) beybehalten; wer ein neues baut, soll dem Nachbarn weder Licht, noch Prospect nehmen, ausgenommen a) wenn er zwischen dem neuen Gebäude, und des Nachbars Hause 12 Schuhe Raum läßt; oder b) der Nachbar ihm durch einen Vertrag das Bauen erlaubt. Erhielt ich also die Erlaubniß von dem Nachbar, mein Haus höher zu bauen, als es vorher gewesen war; oder erlangte dieses Recht durch die Verjährung, si longo tempore ita aedificatum habueram (*2): so hatte ich servitutem altius tollendi (*3). Heutigestags wird diese Servitut schwerlich vorkommen; denn die Römische Baugesetze sind bey uns nicht angenommen (*4), und obgleich in manchen Deutschen Policeyordnungen auch den Häusern eine gewisse Höhe vorgeschrieben ist: so sind doch die Nachbarn nicht befugt, dagegen zu dispensiren.

(1) Diss. de servitute altius tollendi romana eiusque ad Germaniam habitu, in electis iur. civ. num. 1. Man sehe auch des Freyherrn Renat. Carl von Senkenberg meditationes iurid. histor. medit. 1. wo die Meynung der Glosse, Pagenstechers und Sammets (in opusc. pag. 62.) vertheidigt wird, vermöge deren servitus altius tollendi das Recht ist, ein Stockwerk auf meines Nachbars Haus zu setzen. Allein §. 2. I. de act. verglichen mit des Theophilus Paraphrase, stehen dieser Meynung entgegen.
(2) L. 1. C. de servit. (III. 34.)
(3) *Leyser* sp. 462. m. 15.
(4) *Struv.* de aedific. privat. §. 47. *Leucht* de iure fenestrarum cap. 2. §. 9.

§. 362. Von der servitute luminum und ne luminibus officiatur.

Ein jeder kann in seine eigene Wand nach dem Römischen Recht so viele Fenster machen, als er will (*1). Dieß geben auch alle Juristen, ausser Cuiacius und Duarenus (*2) zu. Aber der Nachbar darf auch diese Fenster nach Belieben verbauen (*3), wiewohl einige Rechtsgelehrte mit Grund die Ausnahme machen: wenn er aus blosem Neid, mir zum Trotz ein Gebäude aufführen wolle, das ihm gar nicht nützlich wäre (*4). Will ich also Fenster haben, die mir mein Nachbar nicht verbauen darf: so muß ich mir eine Servitut geben lassen.

Wie ist aber servitus luminum und ne luminibus officiatur verschieden? Einige sagen, wenn ich in eine eigene Wand Fenster machen will: so muß ich

mir servitutem ne luminibus officiatur geben lassen; will ich aber in eines andern oder in einer gemeinschaftlichen Wand Fenster anlegen: so habe ich servitutem luminum nöthig. Andere sagen: wer schon Fenster in der Wand hat, der läßt sich servitutem, ne luminibus officiatur geben; wer aber dergleichen erst machen will, sucht servitutem luminum zu erhalten. Noch andere glauben, servitus luminum gebe nur ein Recht auf das nothdürftige Licht; wer aber servitutem, ne luminibus officiatur, hätte, der könnte verlangen, daß ihm der Nachbar auch nicht das mindeste von seinem Licht benehme. Auf die ganze Sache kommt wenig an (*5). Uebrigens ist es an vielen Orten in Deutschland nicht erlaubt, daß ich in meine eigne Wand Fenster mache, durch welche man in des Nachbars Hof oder Garten sehen kann (*6).

(1) Arg. L. 8. §. 5. D. si serv. vind. iunct. L. 2. pr. et §. 19. D. ne quid in loc. publ. et L. 1. ne quid in loc. sacr. *Donell.* lib. 11. commentar. cap. 5. *Mev.* ad ius Lub. part. 3. tit. 12. art. 13. num. 8. *Struv.* de aedif. privat. §. 31. *Pufendorf* tom. 1. obs. 190. Cramer Nebenst. part. 35. n. 12. *Koch* de iure vicin. p. 209. *Leucht* de iure fenestrar. cap. 2. §. 8. *Walch* controvers. p. 144.

(2) *Cuiac.* lib. 1. obs. cap. 31. *Duarenus* in disp. anniversar. lib. 1. cap. 33. Sie berufen sich auf L. 4. de serv. praed. urb. wo Paullus sagt: luminum servitute constituta, id adquisitum videtur, ut vicinus *lumina nostra excipiat.* Dieß kann aber soviel heissen, daß der Nachbar meine Fenster leide und nicht verdunkle, und muß es heissen, da es eine ausgemachte Regel ist: in suo quilibet facere potest, quod libet, modo nihil immittat in alienum. *Vinn.* ad §. 1. h. t. n. 8.

(3) *Thomasii* diss. non ens actionis forensis contra aedificantem ex aemulatione, in collect. diss. vol. 2. n. 61. *Leyser* sp. 107. med. 3.

(4) *Stryk* us. mod. tit. de serv. pr. urb. §. ult. *Koch* de iure vicin. p. 446. et p. 476. *Cramer* opusc. tom. 2. p. 207. sqq. *Io. Frid. Weidler* diss. de usu remedii contra aedificantem ex aemulatione §. 11. sqq. Das Gegentheil behaupten *Thomasius* in diss. non ens actionis forensis contra aedificantem ad aemulationem in diss. collect. tom. 2. num. 61. *Georg Schulz* diss. de actione contra aedificantem ex aemulatione. Regiom. 1712. und andere.

(5) Indessen ist es eine Cautel für den, der sich die servitutem luminum geben läßt, daß er sich ausdrücklich ausbedinge, es solle ihm nicht das mindeste vom Licht benommen werden. *Wernher* sel. obs. for. tom. 3. part. 1. obs. 7.

(6) *Pufendorf* tom. 1. obs. 196. et animadvers. 33.

§. 363. Von der servitute prospectus und ne prospectui officiatur.

Zuweilen ist mir nicht blos daran gelegen Licht, sondern auch freye Aussicht zu haben, und diese kann mir benommen werden, ohne daß ich das geringste vom Licht verliere. In diesem Fall muß ich servitutem prospectus, oder ne prospectui officiatur, von den Nachbarn zu erhalten suchen. Auch der wahre Unterschied dieser beyden Servituten ist nicht bekannt. Donellus

und

und Noodt (*1) glauben, sie seyen ganz einerley. Hunnius (*2) sagt, servitutem prospectus läßt sich derjenige geben, welcher Fenster machen will, ne prospectui officiatur aber, wer sie schon gemacht hat. Gemeiniglich glaubt man, sie seyen dem Grade nach verschieden, das heißt, einer, der servitutem prospectus habe, könne nur verlangen, daß man ihm nicht alle Aussicht verbaue. Wer aber servitutem, ne prospectui officiatur, erhalten habe, der könne dem Nachbar alles wehren, was den Prospect nur im mindesten verdirbt (*3).

(1) *Donell.* Commentar. iur. civ. lib. II. cap. 5. *Noodt* ad Pand. tit. de S. P. V.
(2) *Hunn.* in resolut. pag. 307.
(3) *Pufendorf* animadvers. l. c.

§. 364. Von den servitutibus praediorum rusticorum; und zwar itineris, actus, viae.

Die servitutes praediorum rusticorum sind iter, der Fußweg; actus, Viehtrieb; via, der Fahrweg; aquaeductus, die Wasserleitungs-Gerechtigkeit; aquaehaustus; pecoris ad aquam adpulsus, die Viehtränke; ius pascendi, das Weidgangsrecht; ius calcis coquendae; arenae fodiendae; cretae eximendae; etc. Ich muß aber hierbey die Bemerkung wiederholen, die ich schon bey dem §. 355. von den servitutibus urbanis gemacht habe. Die hier genannte Servituten nemlich sind nicht nothwendig rusticae. Die meiste können auch urbanae seyn, wenn sie nemlich zum Nutzen eines Gebäudes bestellt werden. Z. E. wenn ich, um bequemer zu meinem Hause zu kommen, mir das Recht geben lasse, durch des Nachbars Hof zu gehen, oder zu fahren: so ist die servitus itineris, oder viae eine urbana.

Einige dieser Servituten verdienen noch eine besondere Betrachtung; *servitus itineris* nemlich ist das Recht, über ein fremdes Grundstück zu Fuß zu gehen, eundi, ambulandi, heißt es im Text (*1); *servitus viae*, das Recht darüber zu fahren. Was ist aber *actus?* L. 1. D. de servit. praed. rust. sagt: est ius agendi iumentum, vel *vehiculum*. Diesem Gesetz nach ist es sehr zweifelhaft, wie via und actus unterschieden sind. Denn, wenn actus das Recht zu fahren begreift, und via auch das Recht zu fahren ist: so scheinen beyde Servituten einerley zu seyn. Bynkershoek (*2) glaubt, via sey acht Schuhe, actus nur vier breit gewesen, und habe nur das Recht enthalten, mit einem Schubkarren zu fahren. Allein es ist falsch, daß actus nur vier Schuhe hielt; die Breite variirte. L. 13. §. 2. de S. P. R. Und L. 7. eod. sagt, wer actum habe, könne *cum plaustro* fahren. Ritter (*3) sagt, via war acht, actus vier Schuh breit; via gab das Recht, mit einem grossen, actus aber nur mit einem kleinen Wagen zu fahren. Auch diese Meynung läßt

läßt sich nicht vertheidigen; denn, wie gesagt, die Voraussetzung, actus sey nur vier Schuh breit gewesen, ist falsch. Herr P. Schott (*4) glaubt, via habe nothwendig drey Stücke begriffen, das Recht zu fahren, Vieh zu treiben und zu gehen; actus habe auch diese Rechte in sich gefaßt, aber nicht nothwendig; man habe durch Verträge das Recht zu fahren und zu gehen davon absondern können. Auch diese Meynung scheint mir unrichtig, aus folgenden Gründen: a) Es ist nicht erwiesen, daß via nothwendig jene drey Rechte in sich begriffen habe, und b) wäre es doch eine gar sonderbare Grille, wenn man zwey Rechte A und B dadurch und deswegen unterscheiden wollte, weil A die Stücke x y und z nothwendig enthalte; B zwar auch diese Stücke in sich fasse, aber nicht nothwendig. c) Gesetzt, jemand giebt mir das Recht zu fahren, Vieh zu treiben, und zu gehen. Nach der Schottischen Meynung kann niemand sagen, ob er mir viam oder actum ertheilt habe. Ich glaube daher, der wahre Unterschied zwischen via und actus sey folgender gewesen: via war das Recht, einen Weg, wenigstens acht Schuh breit auf einem fremden Grundstück zu haben, und zwar in der Absicht, um darüber zu fahren. Indessen konnte man auch Vieh darüber treiben und gehen, wenn es nicht durch Verträge untersagt war. Actus war das Recht, einen Weg auf einem fremden Grundstück zu haben, zu dem Endzweck, Vieh daher zu treiben. Dieser konnte 4. 5. 6. 7. Schuh, vielleicht auch noch breiter seyn, und man konnte auch darüber fahren, in sofern durch Verträge nicht ein anders bedungen war.

(1) Ire heißt in Geschäften, ambulare spazieren gehen. *Heinecc.* ad *Vinn.* pr. h. t. p. 208.
(2) Observ. lib. 4. cap. 7.
(3) Diss. de itineris, actus et viae differentia, adiect. Theoph. *Reiz* Excurs. XIX.
(4) Diss. de vero actus et viae discrimine in opusc. iurid. p. 231. sqq.

§. 365. Fortsetzung.

Wer ein Recht auf das mehrere hat, der ist auch der Regel nach zu dem mindern befugt. Daraus folgt: 1) einer, der das Recht zu fahren hat, darf auch Vieh treiben, und zu Fuß gehen, und zwar nicht etwa blos das Vieh treiben, welches er vorgespannt hat, sondern auch anderes; er darf nicht etwa blos neben dem Fuhrwerk hergehen, sondern auch allein. 2) Wer das Recht, Vieh zu treiben hat, der ist auch berechtigt, zu Fuß über den Weg zu gehen, und zwar auch alsdann, wenn er ohne Vieh gehen will. Ausser Zweifel ist dieser Satz zwar nicht, aber doch den Gesetzen gemäß (*1). Indessen kann durch Verträge ein anderes festgesetzt werden. Ich kann einem das Recht zu fahren geben, und mir dabey ausbehalten, daß er ausser dem

Fall,

Fall, wo er fährt, kein Vieh über den Weg treibe, auch nicht zu Fuß darüber gehe. Gleichergestalt kann ich einem den Viehtrieb verstatten, und ausbedingen, daß er, wenn er kein Vieh treibt, nicht über den Weg gehen solle.

(1) Man s. prooem. I. h. t. *Donellus* lib. II. commentar. cap. 6. *Cuiac.* obs. lib. 2. cap. 35. *Hunnius* in resolut. lib. 2. tract. 2. quaest. 3. Anderer Meynung ist A. *Faber* in coniectur. lib. 1. cap. ult.

§. 366. Fortsetzung.

Die Wasserleitungsgerechtigkeit ist das Recht, Wasser in Kanälen oder Röhren durch das Grundstück eines andern zu führen; *servitus aquae haustus*, das Recht, aus der Quelle, dem Brunnen, dem Teich eines andern Wasser zu nehmen (*[1]); *ius pecoris ad aquam adpulsus*, die Befugniß, mein Vieh an den Brunnen, Teich, Bach, des andern zur Tränke zu treiben; *ius pascendi*, das Recht, mein Vieh auf die Weide eines andern zu führen. Von dieser Servitut ist das *ius compascendi*, und das *ius compascui* verschieden. Wenn nemlich ein anderer das Recht hat, auf meinem Grundstück zu weiden: so bin ich vermöge des Eigenthumsrechts befugt, mein Vieh mit dahin zu treiben, und dieß heißt ius compascendi. Wenn ich einem das Recht gebe, auf meinem, und er mir wechselsweise das Recht giebt, auf seinem Boden Vieh zu weiden: so ist ein compascuum, Koppelhute vorhanden (*[2]). Das *ius calcis coquendae* ist das Recht, Kalch auf des andern Grundstücke zu brennen; *ius arenae fodiendae*, das Recht, Sand aus des andern Grube zu nehmen; *cretae eximendae*, die Befugniß, Kreide oder andere weisse Erde, (welche die Römer zum Färben und Walken ihrer weissen Kleider häufig brauchten), aus einem fremden Boden zu graben; *ius pedamenta sumendi*, das Recht, Stützen, Rebpfähle, Hopfenstangen, Bohnenstangen u. d. g. aus eines andern Wald zu nehmen.

(1) *Car. Frid. Walch* diss. de aquae hauriendae servitute, Ien. 1754.
(2) *Leyser* sp. 108. med. 2 et 11.

§. 367. Fortsetzung.

Der Nutzen, den ein Grundstück und dessen Besitzer aus einem andern Grundstück ziehen können, ist so mannichfaltig, daß sich nicht alle Dienstbarkeiten specificiren lassen. Indessen will ich noch einige anführen, deren bey unserm A. keine Meldung geschieht. Dergleichen ist die Jagdgerechtigkeit, das Beholzigungsrecht, der Lerchenstrich, die Mastgerechtigkeit, (ius glandemiarum) das Recht, in des andern Kelter zu keltern, auf des andern Tenne zu dreschen, in des andern Wasser zu fischen u. s. w.

§. 368. Von Erlöschung der Dienstbarkeiten.

Die Dienstbarkeiten können auf mancherley Art zu Grunde gehen: 1) durch die Consolidation; wenn beyde Güter, das herrschende und dienstbare, an Einen Herrn kommen; z. E. der Herr des dienstbaren Gutes kauft das herrschende Gut an sich.

2) Durch die Remission; wenn a) der Eigenthümer des herrschenden Guts durch einen ausdrücklichen Vertrag dem dienstbaren Gut die Servitut erläßt; oder b) dessen Eigenthümer ausdrücklich etwas erlaubt, was dieser vermöge der Servitut nicht thun durfte, oder c) ihm ausdrücklich etwas erlaubt. Wie aber, wenn der Serviens etwas thut, was er vi servitutis nicht thun dürfte, z. E. er verbaut mir die Fenster, da ich doch servitutem luminum habe, und ich still dazu sitze; oder d) etwas macht, wodurch die Ausübung meiner Servitut unmöglich wird. Z. E. Die Thüre, wodurch ich den Durchgang habe, vermauert, und ich schweige, ist dieß auch als eine Erlassung der Servitut anzusehen? Ich halte es nicht dafür; denn der stillschweigende Consens erfordert concludirende Handlungen (§. 735.). Aus dem Stillschweigen des dominantis läßt sich keine Remißion der Servitut mit Gewißheit schließen. Ich kann also den Juristen (*[1]) nicht beypflichten, die es für eine remissionem tacitam halten, wenn der dominus ein factum servituti contrarium stillschweigend geschehen läßt. Sie allegiren zwar L. 8. pr D. quemadm. servit. amitt. (*[2]). Allein dieses Gesetz redet, meines Erachtens, von einer ausdrücklichen Erlaubniß eines facti servituti contrarii. Dieß läßt sich daraus schließen, weil es heißt *permisero*, *permisero ius tibi*. Wäre die Rede von einem bloßen Stillschweigen: so würde es heissen, *passus sum*, aedificare, aliquid facere. Meines Erachtens geht also durch eine solche Unthätigkeit des dominantis zwar der Besitz der Servitut verlohren, aber nicht die Servitut selbst, es muß denn noch der Zeitlauf von 10 oder 20 Jahren dazu kommen.

3) Kann eine Servitut durch den Nichtgebrauch verlohren werden; wenn ich nemlich gegenwärtig war, und sie innerhalb zehen Jahren, abwesend aber innerhalb zwanzig Jahren nicht ausgeübt habe. Allein ist denn der blose Nichtgebrauch hinlänglich; wird nicht noch ausserdem usucapio libertatis erfordert; das heißt, ist erforderlich, daß der Herr des dienstbaren Gutes ein factum servituti contrarium unternommen, und der Eigenthümer des herrschenden Gutes sich dabey beruhigt habe? Die meiste Juristen behaupten, man müsse einen Unterschied zwischen servitutibus praediorum urbanorum et rusticorum machen. Die letztere seyen durch den blosen Nichtgebrauch verlohren gegangen, die erstere nicht. Thomasius (*[3]) hat diese Distinction bestritten; denn es läßt sich, wie er glaubt, kein befriedigender Grund angeben, warum die servitutes urbanae in diesem Stück ein anderes Recht haben sollen,

als

als die ruſticae. Er behauptet daher, man müſſe vielmehr zwiſchen ſervitutibus *ſimplicibus* und *qualificatis* diſtinguiren. Servitus qualificata ſey die, welche zu ihrer Ausübung ein *opus manufactum* erfordere, ſimplex, zu der ein ſolches Werk nicht nöthig ſey. Z. E. ſervitus tigni immittendi ſey qualificata; denn man müſſe Löcher in die Wand machen, um ſeine Balken hinein zu legen; ſervitus viae aber ſimplex, weil man ſie ohne opus manufactum exerciren könne. Die ſervitutes ſimplices giengen durch den bloſen Nichtgebrauch verlohren, die qualificatae aber nicht eher, als bis das opus manufactum deſtruirt werde. Dieſe Meynung iſt allerdings vernunftmäßiger, als die gemeine, und wird auch von Otto und Selchov vertheidigt (*4). Ich will mich auf die Unterſuchung dieſes Streites nicht einlaſſen; denn nach dem neuen Römiſchen Recht gehet keine Servitut, ſie mag nun urbana, oder ruſtica, ſimplex, oder qualificata ſeyn, durch den bloſen Nichtgebrauch verlohren, es wird in allen Fällen noch auſſer dem uſucapio libertatis erfordert; das heißt, der ſerviens muß durch ein poſitives factum zu erkennen geben, daß er ſein Gut in Zukunft als frey beſitzen wolle (*5). Ganz deutlich ſind die angeführten Geſetze, L. 16. Cod. de uſufr. (III. 33.) et L. 13. Cod. de ſervit. et aqua (III. 34.) freylich nicht. 4) Wenn eines von den liegenden Gütern, das herrſchende oder dienſtbare, zu Grunde gehet: ſo höret auch die Dienſtbarkeit auf; z. E. wenn das Haus, dem das Fenſterrecht zuſtehet, abbrennt: ſo hat die Servitut ein Ende; wenn die Wieſe, über welche ich das Recht des Fahrwegs hatte, vom Waſſer weggeſpült wird: ſo muß, wie ſich von ſelbſt verſtehet, auch mein Recht aufhören. Werden aber die Güter wieder hergeſtellt, z. E. das abgebrannte Haus wieder aufgebauet: ſo lebt auch die Servitut wieder auf; das heißt, in dem neuen Hauſe können auch wieder Fenſter gemacht werden, die der Nachbar nicht verbauen darf.

(1) *Leyſer* ſpec. 110. med. 1. et 9. *Cocceii* iur. controv. tit. quemadm. ſerv. amitt. qu. 3.

(2) Die Worte ſind: ſi ſtillicidii immittendi ius habeam et permiſero ius tibi, in ea area aedificandi, ſtillicidii immittendi ius amitto. Et ſimiliter, ſi per tuum fundum via mihi debeatur, et permiſero tibi in eo loco, per quem via mihi debetur, aliquid facere, amitto ius viae.

(3) In diſſ. de ſervitute ſtillicidii, §. 23. ſqq.

(4) *Otto* de uſucap. ſervit. cap. 1. §. 12. *Selchov* de ſervit. alt. toll. cap. 2. §. 39.

(5) *Pufendorf* l. c. *Ramdohr* diſſ. de toto iure per partialem uſum ſervato, §. 22. *Rave* principia doctrinae de praeſcriptione, §. 109. p. 231. edit. noviſſ. Anderer Meynung ſind *Selchov* in diſſ. de ſervit. alt. toll. cap. 2. §. 40. und *Wahl* in meletem. de ſervitutibus, pag. 24. Sie behaupteten, Juſtinian habe das alte Recht nicht aufgehoben; die ſervitutes ſimplices giengen alſo auch nach dem Juſtinianeiſchen Recht durch den bloſen Nichtgebrauch verlohren.

TIT. IV.

DE USUFRUCTU.

§. 369. Von den persönlichen Dienstbarkeiten.

Wir haben die vorzüglichsten Dienstbarkeiten kennen gelernt, welche real und personal seyn können, nachdem es dem Eigenthümer gefällt, sie zu constituiren; und gehen nun zu denjenigen, die schlechterdings nicht anderst, als personal seyn können (*[1]). Man bemerke von ihnen folgende Sätze: 1) sie setzen nur Eine Sache voraus, rem servientem; anstatt daß die Realdienstbarkeiten zwey Sachen erfordern, (§. 349.) praedium dominans und serviens. 2) Sie sind ein dingliches Recht, (ius in re) so gut, als die Realservituten, und man muß sich durch den Namen Personaldienstbarkeiten nicht verleiten lassen zu glauben, als ob sie ein bloses ius ad rem gäben. Indessen 3) sind sie doch auf die Person dessen, dem sie zustehen, eingeschränkt. Sie gehen nicht auf seinen Erben, er kann sie nicht verkaufen, verschenken, u. s. w. Noch weniger können alle Besitzer eines gewissen Grundstückes darauf Anspruch machen. Die erste dieser Servituten ist *ususfructus*, der Nießbrauch.

(1) Einige theilen dieselbe noch in nominatas und innominatas ein. S. *Avian* diss. de vet. interpr. distinctionibus magistralibus (Ien. 1666.) §. 5.

§. 370. Was heißt uti, abuti, usus plenus und minus plenus?

Um die Definition desselben zu verstehen, müssen wir zuvor einige andere Begriffe überlegen. Was heißt *uti*, *abuti*, *usus plenus* und *minus plenus*? Uti re heißt in allgemeiner Bedeutung so viel, als den Nutzen von einer Sache ziehen, ohne die Substanz anzugreifen, re abuti aber die Substanz einer Sache verderben, destruiren, auftragen, (bey Kleidern,) aufzehren. Es ist also usus, wenn jemand in einem Hause wohnet, mit einem Wagen fährt, auf einem Pferd reitet; abusus, wenn man das Haus niederreißt, den Wagen zerschlägt, das Pferd todjagt, das Brod isset, den Wein trinket, das Kleid ganz aufträgt, daß es unbrauchbar ist u. s. w. Also abuti und mißbrauchen sind keine gleichvielbedeutende Ausdrücke.

Der usus ist entweder *plenus* oder *minus plenus*. Wenn ich alle Nutzungen von einer Sache ziehe, die nur immer davon zu ziehen sind, nicht nur meinen Unterhalt davon nehme, sondern auch, was ich zu meiner Bequemlichkeit und zu meinem Vergnügen brauche: so habe ich usum plenum, den vollen Gebrauch. Wenn ich aber nur so viel von dem Abnutzen der Sache erhalte, als ich zur Nothdurft brauche: so heißt es usus minus plenus. Jener heißt auch ususfructus; dieser usus im eigentlichen Verstand (*[1]).

(1) Der

(1) Der ususfructus hat mit dem Eigenthumsrecht grosse Aehnlichkeit mehr als die übrige Servituten. *Vinn.* ad pr. I. h. t. n. 5.

§. 371. Definition des Nießbrauches, und Folgen daraus.

Der *ususfructus* oder **Nießbrauch** ist also eine persönliche Dienstbarkeit auf der körperlichen, beweglichen oder unbeweglichen, Sache eines andern, vermöge deren ich den vollen Gebrauch dieser Sache habe, doch ohne die Substanz zu verderben. Also er ist 1) eine persönliche Dienstbarkeit; er stehet einem Menschen nur für seine Person zu, so lang er lebt. Sobald dieser Mensch stirbt, hört auch der Nießbrauch auf. Allen Besitzern des Grundstückes A den Nießbrauch des Gutes B zu geben, gehet gar nicht an; denn wenn die Besitzer des Gutes A den Nießbrauch von dem Gut B haben: so muß doch noch jemand anders da seyn, dem die Proprietät von B zustehe. Wozu sollte aber diesem eine Proprietät dienen, die mit dem Nießbrauch nie wieder vereinigt werden kann? 2) Er ist ein Recht auf einer fremden Sache. Der Eigenthümer hat auch das Recht, die Nutzungen von seiner Sache zu ziehen, und einige nennen dieses Recht den *usumfructum causalem* oder *coniunctum*. Aber von diesem ist nicht die Rede, sondern vom Nießbrauch einer fremden Sache, vom eigentlichen Nießbrauch, vom *usufructu formali* oder *separato* (* 1). Der Nießbrauch ist 3) ein Recht auf einer körperlichen Sache. Unkörperliche Sachen sind kein Gegenstand desselben. Daher sagt Paullus in der L. 1. D. de usufr. man könne nach dem strengen Recht niemanden usumfructum itineris, actus, viae, aquaeductus vermachen (* 2), und die alte Juristen haben sehr gezweifelt, ob sich ein ususfructus nominis, der Nießbrauch einer Schuldforderung denken lasse (* 3). Doch wurde er zuletzt zugelassen (* 4). In Deutschland weiß man von dieser Subtilität nichts; ich kann einem also den Nießbrauch einer Gerechtigkeit, z. E. meines Zehendrechtes, meiner Gerichtsbarkeit u. s. w. geben. Der Nießbrauch giebt 4) ein Recht auf alle Nutzungen der Sache, und unterscheidet sich dadurch vom usu, (§. 370.) doch 5) so, daß die Substanz der Sache keinen Schaden leide; also kein Recht die Sache zu verderben, zu destruiren, zu verzehren. 6) Wo ein Nießbrauch ist, da sind zwey Personen, einer, welchem der Nießbrauch zustehet, und dieser heißt *usufructuarius*, der andere, welcher nichts als die bloße Proprietät hat, Eigenthum ohne Nutznießung, aber die Hoffnung, dereinst nach dem Tode des usufructuarii die Nutznießung zu erhalten. Er heißt: *proprietarius*, oder *proprietatis dominus*, *nudae proprietatis dominus* (* 5).

(1) *Galvanus* de usufr. cap. 2.
(2) *Jo. Georg. Wernher* sched. ad h. L. Goett. 1745. 4.
(5) *C. F. Walch* progr. controversiam de usufructu nominis inter veteres ICtos agitatam exponens. Ien. 1758.

(4) L. 3. D. de usufr. ear. rer.
(5) Zuweilen, z. E. §. 1. I. per quas person. cuique adquir. wird die Proprietät ohne Nießbrauch auch *dominium* genannt.

§. 372. Welche Nutzungen zieht der Usufructuar; kann er sein Recht verpachten, abtreten?

Der usufructuarius hat den vollen Genuß der Sache. Er ziehet also 1) alle Früchte, sowohl naturales, als civiles fructus, (§. 329.) er mag sie zu seinem nöthigen Unterhalt, oder zu seiner Bequemlichkeit, und seinem Vergnügen anwenden. Indessen kann er doch 2) nur die ordentliche Nutzungen, die eigentliche und wahre Früchte verlangen, nicht die ausserordentliche und zufällige, accessoria. Daraus folgt, daß, wenn sich ein Schatz auf dem fundo usufructuario findet, dieser nicht dem Usufructuar, sondern dem Proprietar gehöre; denn Schätze sind keine fructus. Wird ein Sklav', von dem ich usumfructum habe, zum Erben eingesetzt: so gehört die Erbschaft gleichfalls dem Proprietar. Eben so wenig kann einer, welcher den Nießbrauch einer Sklavin hat, das Kind sich zueignen, das die Sklavin gebiehrt; denn es ist kein *fructus*. Allein warum nicht? Die Anmerkung sagt: über die wahre Ursache ist man nicht einig. Im §. 37. de rer. divis. heißt es, ein Mensch könne nicht als ein fructus angesehen werden, weil die Natur alle Früchte um des Menschen willen hervor gebracht habe. Aber das ist offenbar nichts, als eine Spitzfindigkeit. Auf diese Weise könnte auch kein Mensch im Eigenthum eines andern seyn. Ulpian giebt in der angeführten L. 27. eine andere an. Er sagt: man kauft die Sklavinnen nicht zum Kindergebähren, sondern zur Arbeit. Dieser Grund hält aber auch nicht Stich. Denn manche Thiere kauft man auch nicht zu dem Ende, um Junge von ihnen zu ziehen, z. E. Affen, und doch sind die Junge ein fructus. Auch ist nicht einzusehen, warum man nicht Sklavinnen zu dem Ende kaufen könnte, um Kinder von ihnen zu erhalten. Andere Ursachen, die man anführt, will ich übergehen (*[1]). Die beste giebt wohl Bynkershoek am a. O. an. Er sagt: was ein fructus seyn soll, das muß man verzehren und destruiren können. Dieß geht aber bey dem Sklavenkind nicht an; daher kann man es auch nicht als fructum ansehen. 3) Der Usufructuar kann die Sache, worauf ihm der Nießbrauch zustehet, verpachten; er kann die Früchte verkaufen; er kann die ganze Ausübung der Nutznieſſung einem andern durch Kauf oder Schenkung überlassen; aber sein Recht kann er nicht cediren. Wenn mir nemlich der Nießbrauch zusteht: so kann ich ihn nicht dergestalt einem andern abtreten, daß er nun Usufructuar wird, und ich aufhöre, es zu seyn. Denn der Nießbrauch ist ein ganz persönliches Recht; es kann also von der Person, der es zusteht, nicht getrennt werden. Und dem Proprietar könnte durch solche Cessionen

nen seine Hoffnung dereinst die Nutznieſſung mit der Proprietät zu vereinigen, gänzlich vereitelt werden. Denn der Usufructuar könnte auf dem Todbette sein Recht einem andern, und dieser in gleichen Umständen einem Dritten cediren u. s. w.

Wenn aber der Usufructuar diese Vorschrift übertritt, und de facto den Nießbrauch cediret, was ist alsdann Rechtens? Viele Juristen (*2) glauben, er verliere durch eine solche Cession zur Strafe alle seine Rechte, und der Nießbrauch falle nun sogleich dem Proprietarius zu. Aber andere (*3) behaupten mit stärkern Gründen, die Cession des Nießbrauchs sey, wenigstens nach dem neuen Justinianeischen Recht, ganz nichtig, so, daß weder der Cessionarius, (an den die Abtretung geschehen ist) noch der Proprietarius daraus einiges Recht bekomme; sondern der Usufructuar seinen Nießbrauch behalte, eben so, als ob er ihn nie cediret hätte.

(1) Man s. davon *Christ. Gottl. Gmelin* diss. de diversis partus ancillae et foetus pecoris iuribus, §. 3.

(2) *Vinnius* ad §. 3. I. h. t. *Kulpis* diss. de consolidatione, §. 25. in diss. acad. pag. 25. sqq. *Cocceii* iur. controv. lib. 7. tit. 4. quaest. 3. Der Hauptgrund dieser Meynung ist L. 66. de iur. dot.

(3) *Galvanus* de usufr. cap. 38. n. XII. p. m. 587. *Noodt* de usufr. lib. 2. cap. 10. *Brencmann* de lege Remmia cap. 11. in thesaur. Otton. tom. 3. p. 1603. *Costa* et *Otto* ad §. 3. I. h. t. *Water* obs. iur. rom. lib. 3. cap. 11. *Crell* diss. ad L. 66. D. de iure dot. *Walch* controv. sect. 2. cap. 3. §. 11. p. 133. Diese Meynung wird durch den §. 3. I. h. t. bestätigt, wo Justinian die Fälle erzählt, in welchen der Nießbrauch aufhört. Finitur, heißt es, ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur, *nam cedendo extraneo nihil agitur.* Also durch die Cession an einen Fremden wird er nicht geendigt.

§. 373. Pflichten des Usufructuars.

Der Usufructuar muß die Substanz der Sache lassen, wie sie ist. Er darf daher 4) die Form der Sache nicht ändern: auch alsdann nicht, wenn die Veränderung nützlich wäre. Z. E. er darf in dem Haus, worauf er den Nießbrauch hat, keine Stube kleiner oder grösser machen; keine Wiese in einen Acker verwandeln und umgekehrt. 5) Weil er allen Nutzen von der Sache zieht: so muß er auch die nöthige Ausbesserungen vornehmen. 6) Er muß die Sache so gebrauchen, wie ein guter Haushälter seine eigene Sachen gebraucht. Wenn er z. E. den Nießbrauch eines Waldes hat: so darf er ihn nicht aushauen, sondern muß ihn forstmäßig benutzen; hat er den Nießbrauch einer Heerde: so muß er an die Stelle der abgegangenen Stücke andere, von der Heerde gezogene junge substituiren, anzukaufen braucht er keine, u. s. w. Dazu ist er nicht verbunden, daß er an der Sache schlechterdings nichts verderbe. Wenn die Sache durch ordnungsmäßigen Gebrauch verdorben wird:

wird: so hat der Usufructuar deswegen nichts zu ersetzen (*1). Andere Deteriorationen aber muß er vergüten, in sofern er in culpa levi ist (*2). 7) Der Usufructuar muß dem Proprietar Caution leisten, und zwar über zwey Stücke: a) daß er die Sache ordentlich gebrauchen wolle, b) daß die Sache nach geendigtem Nießbrauch an den Proprietar zurück gegeben werden solle.

In der Anmerkung ist die berühmte Streitfrage angeführt: ob dem Usufructuar diese Cautionsleistung nicht erlassen werden könne?

Die gemeine Meynung ist: man müsse einen Unterschied machen zwischen Nießbrauch, der in einem letzten Willen, und dem, welcher durch einen Vertrag ertheilt sey. Wenn mir jemand durch einen Vertrag den Nießbrauch gebe: so könne er mir auch die Caution erlassen. Hingegen wenn der ususfructus in einem letzten Willen constituirt sey: so könne zwar der Erbe die Caution remittiren, aber nicht der Erblasser. Diese Meynung, daß nemlich der Erblasser die Caution nicht remittiren könne, wird auch durch die angeführte L. 7. C. ut in possess. legat. (VI. 54.) bestätigt. Denn es heißt darin: ut boni viri arbitratu is, cui ususfructus relictus est, utatur, fruatur, minime satisdationem remitti testamento posse. Gleichwohl ist diese Entscheidung ganz unbegreiflich. Man sagt zwar, der usufructuarius würde durch diese Erlassung zu einer unerlaubten Handlung, (ad delinquendum) gereizt; nemlich gereizt, die Sache zu verderben; und solche Reizungen wollten die Gesetzgeber nicht dulden. Aber dieser Grund ist lächerlich. Denn a) der usufructuarius muß ja allen Schaden, den er der Sache zufügt, ersetzen, er mag Caution leisten oder nicht. b) Die Gesetze erlassen selbst in einigen Fällen die Caution; sie reizten also selbst zu verbotenen Handlungen, und c) gebrauchen ja der commodatarius und conductor auch eine fremde Sache, und zwar ohne Caution, warum werden sie denn nicht zu verbotenen Handlungen gereizt (*3)? Wer einem den Nießbrauch verstattet, konnte ihm auch das völlige Eigenthum, Proprietät und Nießbrauch geben; aus welcher Ursache soll er ihm die Caution zu remittiren nicht befugt seyn? Man stelle sich z. E. vor, daß jemand seine Geschwister zu Erben einsetze, und seiner Wittwe den Abnutzen des ganzen Vermögens auf Lebenslang vermache. Warum soll er ihr nicht die Cautionsleistung erlassen dürfen? Er konnte ja seine Geschwister gänzlich ausschliessen, und soll ihnen doch nicht befehlen können, daß sie von der Wittwe keine Caution fordern.

Noodt am a. O. gehet noch weiter, und glaubt, daß bey einem im letzten Willen ertheilten Nießbrauch auch sogar der Erbe nicht einmal die Caution erlassen könne. Nach dieser Erklärung ist das Gesetz noch vernunftwidriger. Franzke am a. O. und Stryk (*4) behaupten, daß zwar das letzte Stück der Caution, de re finito usufructu restituenda, aber nicht das erste,

de

de re boni viri arbitratu utenda, remittirt werden könne. Allein, man kann keine gegründete Ursache der Verschiedenheit angeben (*5). Galvanns am a. O. num. VI. sqq. sagt: die Gesetzgeber wollten nur so viel sagen, man könne dem Usufructuar das *ius cautionis* nicht erlassen; nicht machen, daß der Usufructuar nicht verbunden wäre, zu caviren; man könne aber das *factum cavendi*, oder *usum cautionis* aufheben; man könne ihm versprechen, daß man keine Caution verlangen wolle, auch verordnen, daß der Erbe die Caution nicht fordere; und dieß sey sowohl bey dem conventionellen, als testamentarischen Nießbrauch Rechtens. Man sieht aber leicht, daß diese Distinction zu den übersubtilen oder sophistischen gehört. Sie ist auch blos divinatorisch, in den Gesetzen findet sich keine Spur davon. Hert (*6) glaubt, das Gesetz verbiete die Erlassung der Caution, weil die Testatoren zuweilen allzu freygebig seyen, und in den Usufructuar ein zu grosses Vertrauen setzten. Es würde unbillig seyn, wenn der Proprietar gegen den Willen des Erblassers um sein Recht käme. Ein alter Spanischer Jurist, Joh. del Castillo Sotomayor giebt wieder eine andere Erklärung (*7). Er sagt: wenn der Testirer dem Usufructuar die Caution de utendo boni viri arbitrio erläßt: so scheint er ihm die Erlaubniß zu geben, mit der Sache zu schalten, wie er will; scheint ihm die Proprietät legirt zu haben. Er hat etwas erlaubt, was mit der Natur des Nießbrauchs streitet, hat sich selbst widersprochen, indem er nur Nießbrauch legiret, und doch eine Clausel beyfügt, die eine Proprietät involviret. Die Clausel wird daher als nicht beygefügt angesehen. Daraus folgt aber zugleich, daß, wenn sich der Testirer deutlich ausdrückt, z. E. ich vermache dem A den Nießbrauch meines Hauses, und weil ich das Zutrauen zu ihm habe, daß er es wie ein guter Haushalter, und wie es einem Usufructuar geziemet, gebrauchen werde: so soll er nicht schuldig seyn, deßfalls Caution zu leisten, daß, sage ich, in diesem Fall die Nachlassung der Caution giltig ist. Zoller (*8) endlich hält dafür, das Gesetz rede von dem Fall, wo der Usufructuar anfange, die Sache zu verderben. In diesem Fall könne der Proprietar Caution verlangen, weil der Erblasser vorausgesetzt habe, der Usufructuar werde ordentlich mit der Sache umgehen (*9).

(1) *Aug. Frid. Schott* diss. de usufr. vestimentor. cap. 1. §. 1.
(2) L. 65. pr. D. h. t.
(3) *Car. Ferd. Hommel* diss. de iniquitate legum romanarum remissionem cautionis usufructuariae testatori denegantium, §. 24.
(4) *Stryk* in us. mod. eod. tit. §. ult.
(5) *Hommel* l. c. §. 27.
(6) *Hert* diss. de pluribus hominibus unam personam sustinentibus, sect. 1. §. 12. S. auch *Waizenegger* de servit. diss. 2. cap. 6. §. 37. p. 276. sqq.

(7) Tract. de usufr. cap. 15. n. 30.
(8) *Zoller* diss. observat. iurid. specim. (Lipſ. 1773.) obſ. 6.
(9) Daß L. 7. Cod. cit. in der Praxis gelte, bezeugen *Stryk* us. mod. tit. usufr. quemadm. cav. *Wernher* part. 7. obſ. 93. n. 21. und andere.

§. 374. Vom Quasiususfructus.

Der Nießbrauch iſt ein Recht, die Sache ohne Schaden der Substanz zu gebrauchen; er hat alſo bey ſolchen Sachen nicht ſtatt, welche man, der Substanz unbeſchadet, gar nicht gebrauchen kann: welche man anderſt nicht gebrauchen kann, als wenn man ſie aufzehrt, deſtruirt, weggiebt; oder wie andere ſagen, quarum usus conſiſtit in abuſu (*1), dergleichen ſind Eß- und Trinkwaaren, Geld und Kleider (*2). Indeſſen wurde doch unter Auguſts oder Tiberius Regierung durch ein Senatusconſult ein *quaſi uſusfructus* von dieſen Sachen erlaubt. Der Uſufructuar aber muß Caution ſtellen, daß er eine Sache von gleicher Qualität und Quantität reſtituiren, oder den Werth erſetzen wolle. Der quaſi uſusfructus iſt alſo eine perſönliche Servitut, vermöge deren ich eine fremde Sache brauchen kann, wie ich will, wobey ich aber Caution ſtellen muß, daß dereinſt eine Sache von gleicher Art und Güte, oder deren Werth erſtattet werden ſoll. So kann ich z. E. von einem Faß Wein quaſi uſumfructum haben; ich darf den Wein trinken, meine Erben aber müſſen ein Faß von gleichem Gehalt und Güte zurückgeben, oder den Werth des Weins bezahlen. Ich kann von einem Capital den quaſi uſumfructum haben, es ausleihen, die Zinſen davon ziehen, und meine Erben müſſen das Capital zurückbezahlen.

Die Anmerkung berührt die Streitfrage: ob Kleider im wahren oder im quaſi uſufructu ſind? Die Frage iſt practiſch. Denn ſind die Kleider im wahren Nießbrauch: ſo giebt der Erbe des Uſufructuars nichts, als die übrige Lumpen zurück; ſind ſie aber in quaſi uſufructu: ſo muß er den Werth bezahlen, den die Kleider zu der Zeit hatten, als der quaſi uſusfructus anfieng, oder andere gleich gute Kleider geben. Die Meynungen der Juriſten ſind ſehr getheilt; denn die Geſetze ſcheinen ſich gerade zu widerſprechen. Im angeführten §. 2. I. h. heißt es: conſtituitur autem uſusfructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in ſervis et iumentis et caeteris rebus, exceptis iis, quae ipſo uſu conſumuntur. Nam hae res neque naturali ratione, neque civili recipiunt uſumfructum, quo in numero ſunt vinum, oleum, frumentum, *veſtimenta*. Hingegen L. 15. §. 4. cit ſagt: et ſi veſtimentorum uſusfructus legatus ſit, non ſicut quantitatis uſusfructus legetur, dicendum eſt, ita uti eum debere, ne abutatur. Man hat dieſe Geſetze auf mancherley Art zu vereinigen geſucht. Herr Schott hat in der angeführten Diſſertation (*3) die verſchiedene Conciliationen erzählt. Seine eigene Meynung iſt, die Kleider ſeyen der Regel nach in quaſi uſufructu. Wenn aber der Erblaſſer einem den

Nieß-

Nießbrauch seiner Kleider mit dem Zusatz vermache, daß nichts, als die alte verbrauchte Ueberreste an den Proprietar restituirt werden sollen; so sey ein wahrer ususfructus vestimentorum vorhanden. In der Praxis ist die Meynung der Glossatoren angenommen, man müsse nemlich zwischen Alltagskleidern und Feyerkleidern distinguiren. Jene könnten nur in quasi usufructu, diese aber auch in vero usufructu seyn (*4).

(1) *Aug. Frid. Schott* progr. de rebus, quae functionem recipiunt, in opuscul. pag. 212.

(2) §. 2. I. h. t. *Schott* diss. de usufr. vestimentorum, cap. 3. §. 2. sqq. in opusc. pag. 183.

(3) Cap. 4. pag. 201.

(4) *Struv.* exerc. 12. th. 39. *Stryk* not. ad *Lauterb.* tit. de usufr. ear. rer. *Berger* resolut. eod. tit.

§. 375. Der Usufructuar muß die Beschwerden tragen.

Der Usufructuar zieht allen Nutzen von der Sache; wer aber das thut, muß billig auch die Beschwerden tragen. Daher ist der Usufructuar schuldig, die Abgaben, sowohl ordentliche, als ausserordentliche zu entrichten, die von der Sache zu entrichten sind. Wird ihm dieß zu schwer; denn es kann wohl geschehen, daß in ausserordentlichen Fällen, in Kriegszeiten, Mißjahren, u. s. w. die Abgaben sich höher belaufen, als der Nutzen: so ist er befugt, den Nießbrauch zu derelinquiren.

§. 376. Wie wird der Nießbrauch bestellt?

Der Nießbrauch kann auf mancherley Art entstehen. 1) Geben einem die Gesetze zuweilen selbst den Nießbrauch einer fremden Sache. Dahin gehört a) der Nießbrauch des Vaters. Er hat den usumfructum von dem Vermögen seiner Kinder, was man peculium adventitium ordinarium nennt, und welches im 9ten Titel dieses Buchs ausführlich erklärt werden wird. b) Der Ehegatten. Man bemerke nemlich, nach der 23sten Tabelle, folgende zwey Fälle. Der erste ist: ein Ehegatte stirbt ohne Testament, und der überlebende, Witwer oder Witwe, erbt, vermöge der Gesetze (ab intestato) einen Theil der Verlassenschaft. Diesen Theil bekommt er pleno iure, das heißt, er erhält Proprietät und Nießbrauch, wenn er nicht mit seinen eignen Kindern, sondern mit Stiefkindern, Eltern des Verstorbenen oder Seitenverwandten erbt. Succedirt hingegen ein Ehegatte mit seinen eignen Kindern: so erhält er nur den Nießbrauch von seiner Erbportion, die Kinder aber haben die Proprietät. Der zweyte Fall ist: ein Ehegatte stirbt, und der andere überlebende Ehegatte erhält aus der Erbschaft etwas vermöge eines vom Verstorbenen errichteten Testamentes, oder eines mit demselben geschlossenen Vertrags. In diesem Fall bekommt er darauf ein volles Recht, Proprietät und Abnutzung. Wenn er aber zur zweyten Ehe schreitet, und

Kinder aus erster Ehe vorhanden sind; so fällt die Proprietät auf diese, und der Ehegatte behält nur den Nießbrauch.

2) Giebt zuweilen der Richter einen Nießbrauch. Dieß geschieht in den iudiciis diviſoriis. Man hat nemlich drey Klagen im Römischen Recht, welche iudicia diviſoria heissen. Sie sind iudicium finium regundorum, familiae herciſcundae, communi dividundo. Wenn nemlich die Gränzen zweyer liegender Güter in Unordnung gerathen sind, und einer der Eigenthümer auf die Herstellung der Gränzen klagt: so heißt die Klage *iudicium finium regundorum.* Haben mehrere Miterben bisher eine Erbschaft in ungetheilter Gemeinschaft beſessen, und einer klagt nun auf die Vertheilung: so iſt es *iudicium familiae herciſcundae.* Wenn endlich eine einzelne Sache bisher mehreren Miteigenthümern gemeinschaftlich zugehört hat, und einer auf die Theilung klagt: so iſt es *iudicium communi dividundo.* In diesen Proceſſen giebt zuweilen der Richter einen abwechselnden Nießbrauch. Wenn er z. E. ein Haus unter zwey Miterben vertheilen soll, das sich nicht wohl wirklich vertheilen läßt, das auch die Erben nicht verkaufen wollen, und keiner dem andern ganz überlaſſen will; kurz, wenn kein anderes Mittel vorhanden iſt, die Intereſſenten aus einander zu ſetzen: so kann der Richter die Veranstaltung treffen, daß einer um den andern den Nießbrauch hat. Indeſſen hat ein solcher alternirender Nießbrauch viel Unbequemlichkeiten; daher muß ihn die Obrigkeit nicht ohne die äuſſerſte Noth anordnen.

3) Beſtellt der Eigenthümer den Nießbrauch, und zwar entweder durch einen letzten Willen, oder durch einen Vertrag (*1). Das erſte iſt das gewöhnlichſte. Es geſchiehet nemlich oft, daß jemand im Teſtament einer Perſon lebenslang den Einſitz und die Nutznieſſung in ſeinem Hauſe, auf ſeinem Landgut, oder auch in allen ſeinen Gütern vermacht. Wenn der Nießbrauch durch einen Vertrag conſtituirt werden ſoll: ſo muß die Quaſitradition hinzukommen. Ehe dieſe geſchehen iſt, exiſtirt noch kein dingliches Recht, ſondern der, welchem der uſusfructus verſprochen iſt, hat nur ein ius ad rem.

Endlich kann auch 4) ein Nießbrauch durch die Verjährung erlangt werden. Man ſehe den 352. §.

(1) Auch der bloſſe Proprietar kann auf den Fall, wenn ihm der Nießbrauch zufallen wird, ſelbigen wieder einem andern verſprechen. So iſt Paullus in der L. 18. D. h. t. zu verſtehen, wo er ſagt: quod noſtrum non eſt, transferemus ad alios; (es giebt Fälle, wo ich etwas einem andern geben kann, das ich ſelbſt nicht habe), veluti is, qui fundum habet, quamquam uſumfructum non habeat, tamen uſumfructum cedere poteſt. *Fr. Car. Conradi* ad Iul. Paulli libr. de iure ſingulari, fragm. 2.

§. 377. Wie der Nießbrauch aufhört.

Der Nießbrauch ist eine persönliche Dienstbarkeit. Er hört also auf 1) wenn der Usufructuar stirbt. Indessen geht es doch an, einem den Nießbrauch für sich und seine Erben zu geben. Wie aber, wenn derselbe einer moralischen Person gegeben ist, die nicht stirbt? Man nennt nemlich, wie wir oben (§. 61.) gehört haben, einen Inbegrif mehrerer Personen, welche zusammen gewisse Rechte geniessen, eine moralische Person. Gesetzt also, einer Gesellschaft im Staat, und zwar einer solchen, die auf ewig eingegangen ist, z. E. einer Stadtgemeinde, wird ein Nießbrauch gegeben, wie lange dauert er? Die Gesetze sagen hundert Jahre; weil sie dieß für das höchste menschliche Alter halten. Der Nießbrauch wird auch 2) durch die größte und mittlere Capitis Deminution geendigt, weil diese als ein bürgerlicher Todt angesehen werden (*[1]).

(1) Nach dem alten Römischen Recht wurde auch der Nießbrauch durch die geringste Capitis Deminution zernichtet. *Vinn.* ad §. 3. h. t. n. 1. Justinian aber hat dieß in der L. penult. §. ult. C. h. t. (III. 33.) aufgehoben.

§. 378. Fortsetzung.

Der dritte Fall, wo der Nießbrauch ein Ende nimmt, ist die Consolidation; wenn der Proprietar den Nießbrauch acquirirt, z. E. kauft, oder der Usufructuar die Proprietät an sich bringt. 4) Macht der Untergang der Sache, die im Nießbrauch ist, demselben ein Ende. Z. E. der Nießbrauch des Pferdes hört auf, wenn es krepirt; der Nießbrauch des Hauses, wenn es abbrennt. Merkwürdig ist, daß der Nießbrauch eines Gebäudes, so wie der usus, nicht auf dem Boden des Hauses fortdauert. Wenn das Gebäude, worauf mir der Nießbrauch zustehet, abbrennt; so könnte ich doch den Platz noch als Garten benutzen. Dazu aber bin ich nach den Römischen Gesetzen nicht befugt (*[1]). Endlich hört auch 5) der ususfructus durch den Nichtgebrauch auf. Wenn ich zehen Jahre lang an dem Ort, wo die res usufructuaria ist, sie sey nun beweglich oder unbeweglich, gegenwärtig bin, ohne die Sache zu gebrauchen: so ist der Nießbrauch erloschen. Ein gleiches geschieht, wenn ich zwanzig Jahre abwesend den Nießbrauch nicht exercirt habe. Doch wird nach Justinianeischem Recht dabey auch die usucapio libertatis erfordert, d. i. der Proprietar muß im ruhigen und redlichen Besitz der Sache gewesen seyn (*[2]).

(1) *Vinn.* ad §. 3. h. t. n. 5.
(2) L. pen. C. de usufr. (III. 33.) *Leoninus* de usufr. cap. 18. n. 11. *Galvanus* de usufructu, cap. 41. n. 11. *Heinecc.* ad *Vinn.* h. t. §. 3. n. 2. *Pufendorf* t. 3. obs. 118. §. 16.

§. 379. Fortsetzung.

Wenn ein unwiederruflicher Eigenthumsherr einen Nießbrauch constituirt, und sein Eigenthum veräussert: so hört darum der Nießbrauch nicht auf; denn er ist ein dingliches Recht. Wenn hingegen ein wiederruflicher Eigenthümer jemand einen Nießbrauch giebt: so wird sein Eigenthum entweder *ex nunc*, oder *ex tunc* resolvirt. Im letzten Fall hört der Nießbrauch auf, im ersten aber nicht. (§. 289.) Endlich 7) exspirirt der Nießbrauch, wenn er auf eine gewisse Zeit ertheilt, und diese Zeit verflossen ist (* 1).

Ein nützlicher Zusatz zu diesem Titel wird es seyn, wenn ich noch die Unterschiede des nutzbaren Eigenthums (dominii utilis) und des Nießbrauches anführe; 1) der Nießbrauch hört mit der Person des Usufructuars auf, das nutzbare Eigenthum geht auf die Erben. 2) Der Usufructuar kann die Gestalt der Sache nicht ändern, wohl aber der dominus utilis. 3) Jener hat nur die ordentliche Nutzungen zu geniessen, dieser auch die ausserordentliche. 4) Jener kann sein Recht nicht abtreten, dieser ist entweder schlechterdings, oder doch unter gewissen Einschränkungen, befugt dazu (§. 899.).

(1) Nach der richtigern Meynung geht der Nießbrauch nicht verlohren, wenn der Usufructuar die Sache nicht pflichtmäßig braucht (per abusum). Die Gesetze dictiren diese Strafen nicht. Wie übrigens §. 3. h. t. zu erklären sey, wo es heißt: ususfructus amittitur non utendo per modum et tempus, davon s. *Galvan.* et *Heinecc.* ll. cc.

TIT. V.

DE USU ET HABITATIONE.

§. 380. 381. Was ist der usus?

Die zweyte Gattung der persönlichen Servituten ist der *usus minus plenus*, oder usus schlechtweg. Der Unterschied dieses usus vom usufructu ist schon im vorigen Titel erklärt. (§. 370.) Wer usumfructum hat, nimmt allen Nutzen von der Sache, der sich nur davon ziehen läßt; wer aber blos usum hat, mit einem Worte der *usuarius*, darf nicht mehr von den Früchten nehmen, als er zu seiner Nothdurft bedarf. Darin kommt der usus mit dem usufructu überein, daß der usuarius die Sache der Substanz unbeschadet brauchen muß, die Form nicht ändern darf, gesetzt auch, daß dieß nützlich wäre, und sowohl des pflichtmäßigen Gebrauchs, als der Restitution wegen Caution stellen muß. Auf dieselbe Weise, wie der ususfructus entsteht und aufhört, entsteht und endigt sich auch der usus (* 1).

(1) Non

(1) Non usque *ad compendium*, sagt Ulpian L. 12. §. 1. D. h. t. sed ad usum. Die Ausnahmen hat *Vinn.* ad pr. I. h. t.

§. 382. Grundsätze davon.

Der usus enthält also 1) gewöhnlich weniger, als ususfructus. Ich sage gewöhnlich; denn wenn der usuarius alle Früchte der Sache nothwendig braucht: so nimmt er sie auch alle, eben so gut, als ob er usumfructum hätte (*1). Der usus richtet sich nach den Bedürfnissen des usuarii. Hat er grosse Bedürfnisse, weil seine Familie weitläuftig ist (*1): so nimmt er viel von den Früchten; sind aber seine Bedürfnisse gering: so zieht er wenig. Vermehren oder vermindern sich die Bedürfnisse: so vermehrt oder vermindert sich auch der usus.

(1) Und in diesem Fall muß er auch alle der Sache aufliegende Beschwerden tragen. Ausserdem muß der Proprietar einen Theil davon übernehmen. L. 18. D. h. t.
(2) Auch auf seinen, vornehmeren oder geringeren Stand kommt etwas an.

§. 383. Wie genießt der usuarius die Sache?

Der usuarius kann weder ein Recht, noch die Ausübung desselben einem andern verkaufen, vertauschen, vermiethen, auch nicht umsonst überlassen. Von dem usufructuario haben wir gehört, (§. 372.) daß er zwar sein Recht nicht abtreten, aber doch durch einen andern exerciren lassen könne. Keines von beyden ist der usuarius zu thun befugt. Wenn er auch usuarius bleiben und nur die Früchte einen andern geniessen lassen: so geht es doch nicht an. Eine völlig befriedigende Ursache dieser Verordnung weiß ich nicht anzugeben. Gemeiniglich heißt es: der Grund zur Ertheilung des usus sey die Nothdurft des usuarii; wenn er aber den usum einem andern überlassen wolle: so gebe er zu erkennen, daß ihm derselbe nicht nothwendig sey. Manz (*1) sagt: usus non potest a persona separari, cum alius alio plus indigeat, consequenter in alterius persona alius usus sit futurus. Andere (*2) sagen: usus ist nicht blos servitus personalis, sondern personalissima, die von der Person des usuarii schlechterdings unzertrennlich ist. Eine Ausnahme übrigens leidet dieser Satz, wenn der usus dem usuario völlig unnütz wäre, wofern er ihn nicht vermiethen dürfte; z. wenn man einem Fuhrmann den usum eines Pferdes, einem Ungelehrten den usum einer Büchersammlung vermacht hätte. 2) Wer den usum eines Landgutes hat, kann von dem Getreyde, Gemüß, Obst, Blumen, Heu, Stroh, Holz, kurz, von allen Früchten, die darauf wachsen (*3), so viel nehmen, als er in seiner Haushaltung braucht; die übrige Früchte aber gehören nicht ihm, sondern dem Proprietarius. 3) Wer den usum eines Hauses hat, darf es mit seiner Familie bewohnen, so viel nemlich davon bewohnen, als er zur Nothdurft braucht; aber vermiethen darf er es nicht. Einen

Gast

Gast aufzunehmen ist ihm erlaubt, wiewohl verschiedene ältere Juristen daran zweifelten. Auch sogar einen Miethsmann, inquilinum, darf er bey sich wohnen lassen; welches sonderbar ist, indessen in der angeführten L. 2. §. 1. und L. 4. pr. D. h. t. ausdrücklich verstattet wird (*4). 4) Wer usum eines oder mehrerer Stücke Vieh hat, bekommt von der Milch und dem Dünger soviel, als er nöthig hat, aber nicht die Wolle, auch nicht die Jungen. Eine hinlängliche Raison weiß ich auch davon nicht anzuführen. Manz (*5) sagt: die Jungen sind ein von der Mutter verschiedenes Ding. Wenn also der usuarius die Jungen nehmen wollte: so würde er ein anderes Ding gebrauchen, als dessen usus ihm gegeben ist; die Wolle kann man fast zu nichts gebrauchen, ehe sie gesponnen und verwebt ist; sobald aber das geschieht, ist sie keine Wolle mehr. Wie lahm diese Gründe sind, sieht man ohne mein Erinnern.

(1) In commentar. ad I. h. t. §. 2.
(2) *Faber* in rational. ad L. 2. §. 1. D. h. t.
(3) Irrig ist es, wenn einige z. E. *Wesenbec.* parat. h. t. n. 2. *Beyer* ad Inst. h. t. thes. behaupten, der usuarius bekomme keine fructus industriales. S. *Vinn.* h. t. §. 1. n. 1.
(4) Ulpian sagt in der L. 4. es sey dem usuario nicht zu mißgönnen, einen Miethsmann zu sich zu nehmen; quid enim si tam spatiosae domus usus sit relictus homini mediocri, ut portiuncula contentus sit. Allein diese befriedigt eben so wenig, als was *Faber* in rational. anführt.
(5) In commentar. ad tit. Pandectar. de usu et habitatione, quaest. 6. resp. 7. in opp. tom. 1. pag. 179.

§. 384. Von der Wohnung.

Die dritte Gattung der persönlichen Dienstbarkeiten ist die **Wohnung**, *habitatio*, oder das dingliche Rechts, eines andern Hauses, der Substanz des Hauses unbeschadet, zu bewohnen. Die alte Juristen hatten über die Natur dieser Servitut gestritten. Die Sabinianer behaupteten, sie sey ein usus, die Proculianer hingegen, sie sey ususfructus aedium. Javolenus hielt sie für eine von beyden verschiedene, ganz eigne Servitut. Diese letzte Meynung hat Justinian durch eine Entscheidung gebilligt (*1).

(1) L. 13. C. de usufr. (III. 33.) *Strauch* ad L. decis. Ex. 5. cap. 5. p. 120 sqq.

§. 385. Was sie enthält?

Wer also diese Servitut hat, bedient sich 1) nicht blos des Hauses zur Nothdurft, wie der usuarius; er kann Zimmer zum Vergnügen haben. 2) Er kann auch das ganze Haus vermiethen, welches dem usuario nicht erlaubt ist. Einige Rechtsgelehrte (*1) behaupten, er dürfte indessen nur die Theile des Hauses gebrauchen, die zur Wohnung im strengsten Verstande bestimmt sind;

ſind; Stuben und Kammern; alſo nicht Keller, Speicher, Hausgarten u. ſ. w. Allein ich weiß nicht, womit man dieſes beweiſen kann.

(1) *Franzk.* ad Pand. h. t. n. 8. *Lauterbach* coll. th. pr. eod. tit. §. 12.

§. 386. Von den operis ſervorum.

Endlich die vierte Gattung der perſönlichen Dienſtbarkeiten ſind die *operae ſervi*, oder das dingliche Recht, mir von eines andern Sklaven Dienſte leiſten zu laſſen. Dieſe Servitut hat das ganz beſondere, und von den Regeln der Perſonalſervituten abweichende, daß ſie nicht mit dem Todte deſſen, dem ſie zuſteht, aufhört, ſondern auf deſſen Erben geht. Nicht eher, als wenn der dienende Sklav ſtirbt, nimmt ſie ein Ende. (* 1).

(1) Daher ſie auch manche, z. E. *Vinnius* ad rubr. tit. de uſufr. gar nicht zu den perſönlichen Servituten rechnen.

387. Deutſches Recht.

1) Die ſervitus uſus kommt in Deutſchland ſelten vor. Wenn ich jemanden den Nießbrauch, Nutzen, Abnutzen, Nutznießung, Leibzucht, Gebrauch, gebe: ſo ziehet er alle Nutzungen, welche ſich von der Sache ziehen laſſen (* 1). 2) Wenn indeſſen jemand einem andern die ſervitutem uſus ausdrücklich nach römiſchen Grundſätzen ertheilte: ſo würde man das Römiſche Recht befolgen müſſen. 3) Erklärte jemand, einer ſolle den nothdürftigen Unterhalt, die Lebſucht u. d. gl. aus einem Gute ziehen, die nothwendige Feuerung aus einem Walde ziehen: ſo würde man die Subtilitäten und ſeltſame willkührliche Verordnungen des Römiſchen Rechts vom uſu nicht anwenden können, ſondern die Entſcheidung aus der Natur der Sache und dem bey uns eingeführten Redegebrauch zu nehmen haben (* 2). 4) Die ſervitus habitationis wird zuweilen einem in letzten Willensverordnungen vermacht. In dieſem Fall muß man, wie Thomaſius (* 3) anmerkt, die Redensarten wohl unterſcheiden: a) ich vermache ihm mein Haus zur Wohnung, oder ich vermache ihm meine Wohnung; b) ich vermache ihm die Wohnung in meinem Hauſe, oder die Bewohnung des Hauſes; und c) ich vermache ihm eine Wohnung im Hauſe. Im erſten Falle bekommt der Legatar das Haus eigenthümlich; im zweyten hat er die ſervitutem habitationis, und kann das ganze Haus einnehmen; im dritten aber hat er eine eingeſchränktere Servitut, er kann nur ſoviel von dem Hauſe zur Wohnung verlangen, als er nothwendig braucht.

(1) *Schilter* Ex. 17. th. 62. Anderer Meynung iſt *Stryk* uſ. mod. h. t. §. 1.
(2) *Beyer* poſit. ad I. h. t. theſ. 4.
(3) *Thomaſ.* not. h. t.

DE ACTIONIBUS OCCASIONE SERVITUTUM COMPETENTIBUS.

§. 388. Von der actione confessoria et negatoria directa.

Bey den Dienstbarkeiten kommen zwey Klagen vor: *actio confessoria* und *negatoria*. Jene entstehet aus dem Recht der Dienstbarkeit; diese aber aus der natürlichen Freyheit; und die Dienstbarkeit giebt nur Gelegenheit dazu (* [1]). Man wendet diese Klagen auch auf andere Rechte an, die keine Dienstbarkeit sind, und theilt sie daher in *directas* et *utiles* ein. Wenn sie nemlich wegen einer Dienstbarkeit angestellt werden: so heissen sie actiones directae. Werden sie aber wegen anderer Gerechtigkeiten angebracht: so nennt man sie utiles.

Actio confessoria directa wird also von mir angestellt, wenn ich mir für meine Person oder Sache eine Dienstbarkeit zuschreibe, gegen den, welcher mir die Servitut leugnet, oder in der Ausübung derselben Hindernisse macht, oder mit dem Object der Servitut dergestalt umgehet, daß mir mein Recht vereitelt werden würde, wenn ihm kein Einhalt geschähe; mit Bitte, daß man mir die Dienstbarkeit zuerkennen, dem Beklagten alle Stöhrung untersagen, und ihn desfalls zur Cautionsleistung anhalten möge. Z. E. ich behaupte, daß mir das Recht über meines Nachbars Garten zu fahren zukomme; der Nachbar aber leugnet es, verschließt seinen Garten, will mir nicht mehr erlauben, durchzufahren. In diesem Fall stelle ich die confessorische Klage an; bringe bey, daß ich die servitutem viae durch einen rechtmäßigen Titel erworben hätte; gleichwohl in deren Ausübung vom Nachbar gestöhrt würde; ich bäte also zu erkennen und auszusprechen: daß mir diese Dienstbarkeit zustehe; der Nachbar folglich sie zu leiden, und mir Caution de non amplius turbando zu bestellen schuldig sey. Oder ich habe die Weidgerechtigkeit in eines andern Wald, er will den Wald umhauen und in Aecker verwandeln. Oder mir steht das Beholzigungsrecht in einem fremden Wald zu, der Eigenthümer behandelt den Wald dergestalt, daß ich fürchten muß, ich werde mit der Zeit das nöthige Brennholz nicht mehr daraus ziehen können. Auch in diesen Fällen kann ich vermittelst der actionis confessoriae den Waldeigenthümer in die Ordnung weisen. Hingegen die negatorische directe Klage stelle ich an, wenn mein Gut frey ist; gleichwohl sich ein anderer eine Dienstbarkeit darauf anmaßt (* [2]). Die Bitte gehet dahin: das Gut für frey zu erklären, dem Beklagten zu befehlen, daß er sich der angemaßten Dienstbarkeit enthalte, und die Caution de non amplius turbando leiste (* [3]).

(1) *Ferd.*

(1) *Ferd. Aug. Hommel* diſſ. de actione confeſſoria ex ſervitute, et negatoria ex libertate, Lipſ. 1721.

(2) Auch wenn einer ſeine Servitut zu weit ausdehnt. *Boehmer* de act. ſect. 2. cap. 2. §. 40. *Hommel* rhapſod. obſ. 34.

(3) Die Caution de non amplius turbando wird übrigens durch ein bloſes Verſprechen geleiſtet; der Beklagte gelobt vor dem Richter an, daß er den Kläger nicht mehr turbiren wolle. Arg. L. 3. C. de verb. et rer. ſignif. (VI. 38.) Es iſt daher beſſer, daß man dem Beklagten bey Vermeidung einer beſtimmten Geldſtrafe die Turbationen verbieten läßt.

§. 389. Von der confeſſoria und negatoria utili.

Die actio confeſſoria utilis hat ſtatt, wenn ich mir ein beſonderes Recht, *ius ſingulare et privativum* zuſchreibe, welches keine Servitut iſt; andere mir es leugnen, und mich in deſſen Ausübung hindern. Das Geſuch des Klägers iſt: zu erkennen, daß ihm das beſondere Recht zuſtehe, und Beklagter ihn ferner darin nicht ſtöhren ſolle. Hingegen die negatoria utilis wird angeſtellt, wenn ich etwas thun will, das ich vermöge der natürlichen Freyheit, oder nach den gemeinen Rechten, oder vermöge eines gleichen Rechtes thun darf; ein anderer ſich aber ein ausſchließliches Recht anmaſſet, und mir daher die Handlung nicht erlauben will. Die Bitte des Klägers iſt: daß dem Beklagten kein ausſchlieſſendes Recht zuſtehe, und er daher dem Kläger in der Ausübung des verlangten Rechtes keine Hinderniſſe machen ſolle.

Alſo die confeſſoria utilis ſetzt voraus, daß ich ein beſonderes und ausſchließliches Recht verlange, und meine Klage darauf gründe. Hingegen wenn ich negatoriam anſtelle: ſo behaupte ich, daß ich die Handlung thun dürfe a) entweder wegen der natürlichen Freyheit; weil jeder Menſch nach dem Naturrecht ſie thun dürfe; oder b) wegen eines gemeinen Rechtes; weil die Römiſche, Canoniſche oder Deutſche Geſetze die Handlung jedem erlauben; oder c) wegen eines gleichen Rechtes; das heißt, daß mir die Handlung eben ſowohl, als dem Beklagten erlaubt ſey.

Beyſpiele werden die Sache aufklären. Man ſtelle ſich vor, ich behaupte, daß mir allein das Recht zuſtehe, an einem Ort eine Apotheke zu haben, und ein anderer will gleichwohl noch eine zweyte Apotheke anlegen. Wenn ich gegen ihn klage, und ihm dieſes Recht negire: ſo iſt es actio confeſſoria. Geſetzt aber er klagt, und leugnet mir das ausſchließliche Recht auf eine Apotheke; behauptet, daß er vermöge der natürlichen Freyheit, oder vermöge des Herkommens an dem Ort, oder vermöge eines privilegii eben ſo gut, als ich eine Apotheke zu errichten befugt ſey: ſo iſt es actio negatoria. Wenn es in einer Gegend hergebracht iſt, daß der Zehende in der zehenden Garbe beſteht, und ich behaupte, daß mir vermöge eines beſonderen Rechtes die neunte Garbe gehöre: ſo muß ich actionem confeſſoriam anſtellen. Klagen hingegen die

Zehendpflichtige, und behaupten, daß sie vermöge des gemeinen Rechtes nur die zehende Garbe zu geben schuldig seyen: so ist die Klage actio negatoria. Wenn in einem Land den Adelichen, welche die Gerichtsbarkeit auf ihren Gütern haben, die geistliche Gerichtsbarkeit nicht zukommt, gleichwohl einer von Adel behauptet, daß er diese Gerichtsbarkeit habe, und deswegen Klage erhebt: so ist es confessoria; stellt aber der Fiscal gegen ihn Klage an: so ist sie negatoria. Wenn die Bauern behaupten, daß sie dem Landesherrn zu keinen ungemessenen Frohndiensten verbunden seyen: so müssen sie actionem confessoriam anstellen; denn sie behaupten etwas singuläres, und die Vermuthung streitet gegen sie. Klagt hingegen der Landesherr: so ist es actio negatoria (*1).

(1) *Reinharth* ad *Christin.* vol. 2. obs. 33. *Stryk* de act. forens. investig. sect. 2. membr. 4. §. 5. sqq.

TIT. VI.

DE USUCAPIONIBUS ET LONGI TEMPORIS. PRAESCRIPTIONIBUS.

§. 390. Uebergang zu dieser Lehre. Die modi adquirendi civiles sind entweder universales, oder singulares.

Die modi adquirendi sind entweder im Naturrecht gegründet, oder durch die bürgerliche Gesetze eingeführt. Jene heissen naturales, und sind im Titel de adquirendo rerum dominio vorgetragen worden. Diese heissen civiles, und sind entweder *universales*, oder *singulares*. Universales heissen die, wodurch man das ganze Vermögen eines Menschen, alle seine Rechte und Verbindlichkeiten erwirbt; singulares, wodurch man nur ein einzelnes Recht an sich bringt. Die universales sind im folgenden §. erzählt.

§. 391. Modi adquirendi universales.

Sie sind nemlich: 1) *hereditatis adquisitio*, 2) *bonorum possessio*, 3) *adquisitio per arrogationem*, 4) *addictio libertatum servandarum causa*, 5) *adquisitio per sectionem bonorum*, 6) *ex senatusconsulto Claudiano*. Da in der Folge an den angeführten Orten von jedem besonders gehandelt werden wird: so ist es unnöthig sie hier zu erklären. Nur dieß will ich hier bemerken, daß die drey erste dieser Erwerbungsarten noch heutigestags vorkommen, die andern fallen weg. Die Note sagt: Justinian hat in den Institutionen nur von diesen sechs modis adquirendi gehandelt; aber es giebt mehrere. Nemlich der siebende ist: *successio fisci in bona damnatorum et vacantia*. Wenn jemand zum Tod verurtheilt wird, der gar keine Descendenten, auch keine Ascen-

Ascendenten, vom ersten, zweyten, oder dritten Grade hinterläßt: so confiscirt der Landesherr dessen ganzes Vermögen. Auch in dem Fall, da jemand stirbt, auf dessen Erbschaft niemand vermöge Vertrages, oder Testamentes, oder Gesetzes Anspruch hat, nimmt der Fiscus das Vermögen als eine rem nullius weg. (§. 703.) 8) Wenn jemand ins Kloster geht: so fällt sein ganzes Vermögen dem Kloster zu. 9) Endlich wenn eine Ehefrau in manum mariti kam: (§. 126.) so erhielt der Mann ihr sämmtliches Vermögen als Heyrathsgut. Heutigestages haben zuweilen die Ehegatten eine allgemeine Gütergemeinschaft unter einander (§. 127.) Wo dieß ist, da erwirbt der Mann das sämmtliche Vermögen der Frau, und sie das seinige.

§. 392. Singulares.

Die singulares modi adquirendi civiles sind vier: 1) *usucapio*, 2) *donatio*, 3) *legatum*, 4) *fideicommissum singulare* (* [1]).

(1) Von einem fünften, den Justinian abgeschaft hat, dem iure accrescendi bey gemeinschaftlichen Sklaven s. §. 4. I. de donat. ibique *Vinn.* et *Heinecc.*

§. 393. Was ist die Verjährung?

Um die schwere Materie von der Verjährung in ihr volles Licht zu setzen, will ich vorerst eine allgemeine Anmerkung vorausschicken, alsdann das System des Justinianeischen Rechtes vortragen, und endlich die Geschichte dieses Artikels erzählen. Ich setze das System der Geschichte vor, weil es sonst nicht wohl möglich ist, diese zu verstehen.

Die allgemeine Bemerkung ist: wenn ich eine Sache vom wahren Eigenthümer nach vorausgegangenem rechtmäßigem Titel tradirt erhalte; so werde auch ich, und zwar sogleich Eigenthümer. Es bedarf also keiner Verjährung (* [1]). Gesetzt aber a) jemand überläßt mir die Sache, welcher nicht Eigenthümer davon ist, und nicht befugt war, sie mir zu überlassen; z. E. ich deponire bey X. eine Sache; dieser verkauft sie ohne meine Erlaubniß an Y, oder b) der wahre Eigenthümer überläßt mir sie, aber der titulus ist nicht iustus, z. E. ein Ehegatte schenkt dem andern ein Landgut. Diese Schenkung ist kein iustus titulus, weil Ehegatten einander nichts giltig schenken können. (§. 411.) Oder c) eine Sache kommt unter die meinige, und ich habe gar keinen Titel; z. E. meinem Erblasser ist eine Sache nur geliehen gewesen; ich finde sie in der Erbschaft, und glaube, sie habe dem Verstorbenen eigenthümlich gehört; behalte sie also. In diesen Fällen werde ich nicht sogleich Eigenthümer der Sache, sondern ich muß meine Zuflucht zur Verjährung nehmen. Erst alsdann, wenn ich die Sache eine Zeitlang bona fide besessen habe, ist sie mein, und diese Erwerbungsart heißt Verjährung.

Das Rechtssystem in der Lehre von der Verjährung ist folgendes: Verjährung, Präscription, ist die Erlangung eines Vortheils aus dem Grunde, weil ein anderer sein Recht binnen der vorgeschriebenen Zeit nicht ausgeübt, und daher verlohren hat. Der Vortheil besteht entweder darin, a) daß ich eine im Besitz habende Sache, oder ein Recht, welches ich ausübe, erwerbe, oder b) darin, daß ich von einer bisher gehabten Verbindlichkeit befreyet werde. Im ersten Fall ist die *exstinctiva praescriptio*, im letzten die *adquisitiva* vorhanden. Jeder Klage nemlich haben die Gesetzgeber eine gewisse Zeit vorgeschrieben, binnen dieser muß sie angestellt werden. Wo nicht: so geht sie verlohren; das heißt, der Beklagte kann ihr exceptionem praescriptionis exstinctivae entgegen setzen. Jene Präscription also ist ein *modus adquirendi*, diese nur ein *modus exstinguendi obligationem*. Durch die acquisitive Verjährung kann ich übrigens alle Arten von Rechten, iura personarum, z. E. die Freyheit, iura in re z. E. Eigenthum, Dienstbarkeiten, auch iura ad rem erwerben (* 2). Von der exstinctiva wird im 12ten Titel des vierten Buches gehandelt werden; von der adquisitiva aber ist in dem gegenwärtigen Titel die Rede.

Diese erfordert a) eine Sache, welche der Verjährung fähig ist; b) *bonam fidem*; c) einen ununterbrochenen Besitz; d) einen gewissen Zeitverlauf, ich muß die Sache eine zeitlang besitzen.

Wenn ich also etwas durch die Verjährung erwerben will: so besitze ich entweder ununterbrochen, mit einem rechtmäßigen Titel, und bona fide eine Sache, die nicht unter die Ausnahmen gehört; oder nicht. Im ersten Fall acquirire ich die Sache in langer Zeit; das heißt, eine bewegliche Sache in drey, eine unbewegliche in zehen oder zwanzig Jahren. Aber im letzten Fall muß man weiter distinguiren. Entweder fehlt es 1) an der ununterbrochenen Possession, oder 2) an der bona fide, oder 3) am rechtmäßigen Titel, oder 4) die Sache gehört zur Ausnahme, ist von einer besondern Art, ist nicht *usucapibilis*, wie einige sagen. Wenn das erste oder zweyte Erforderniß fehlt: so fällt alle Verjährung weg; fehlt das dritte, der iustus titulus nemlich: so muß ich dreyßig Jahre besitzen. Ist endlich am vierten Stück ein Mangel: so ist entweder die Sache zu aller Verjährung ganz ungeschickt, oder nur zu derjenigen, die in langer Zeit geschieht. Wenn die Sache zu aller Verjährung unfähig ist: so fällt auch diese ganz weg. Wofern aber die Sache nur zur Verjährung der langen Zeit unfähig ist: so muß ich nach Verschiedenheit des Gegenstandes, um zu verjähren, den Besitz 30, 40 oder 100 Jahre fortsetzen.

(Man sehe die zu diesem §. gehörige 24. Tabelle.)

Nun wird man im Stand seyn, die Geschichte der Verjährung zu

ver-

verſtehen, von der unſer Autor in der zweyten Anmerkung ſpricht. Man unterſcheide in dieſer Geſchichte vier Perioden. **Erſte Periode.** Nach den Geſetzen der 12 Tafeln wurden bewegliche Sachen binnen Einem Jahr, unbewegliche in zwey Jahren uſucapirt. So ſind die Worte der zwölf Tafelgeſetze zu verſtehen: uſus, auctoritas fundi biennium, caeterarum rerum annus eſto (*3). Nemlich uſus heißt der Beſitz, auctoritas ein geſetzliches Eigenthum. Alſo die Decemvirn wollen ſagen: uſus, qui auctoritatem, id eſt, iuſtum dominium fundi adferat, ſit ſpatium biennii, qui caeterarum rerum dominium adferat, ſit annalis. Aber dieſe Uſucapion hatte a) nur bey körperlichen Sachen; b) bey liegenden Gütern in Italien; c) nicht bey unkörperlichen Dingen oder Gerechtſamen; auch d) nicht bey Gütern in den Provinzen ſtatt; und e) nur ein Römiſcher Bürger war dazu fähig. **Zweyte Periode.** Weil die Uſucapion in ſo enge Gränzen eingeſchloſſen war: ſo erfand der Prätor die praeſcriptionem longi temporis, als ein Supplement der Uſucapion. Dieſe hatte a) ſtatt bey ſolchen Dingen, wo die Uſucapion ceſſirte; b) auch ein peregrinus konnte ſie gebrauchen; c) ſie gab aber kein *ius vindicandi*, ſondern nur ein *ius retinendi* et *excipiendi*; oder richtiger zu reden, die praeſcriptio war nichts anders, als eine Art von Exception, welche vom langwierigen Beſitz hergenommen war. Wenn ich eine Sache in langwierigem Beſitz gehabt hatte: ſo konnte ich mich mit der exceptione praeſcriptionis gegen jeden ſchützen, der mir die Sache wegnehmen wollte; verlohr ich aber den Beſitz: ſo konnte ich die Sache nicht vindiciren; denn ich war durch die Präſcription kein vollkommener Eigenthümer geworden. d) Dieſe Präſcription erforderte iuſtum titulum, bonam fidem, und eine Zeit von 10, oder 20 Jahren. Sie heißt die prätoriſche Präſcription, auch *praeſcriptio longi temporis*. **Dritte Periode.** Zu den Zeiten der Kayſer kam die *praeſcriptio longiſſimi temporis*, oder 40 *annorum* auf. Sie hatte ſtatt, wenn die Erforderniſſe der prätoriſchen Präſcription, bona fides, oder iuſtus titulus fehlten. Auch dieſe gab nichts weiter, als ein Recht zu excipiren. **Vierte Periode.** Juſtinian verwandelte 1) die Zeit von 40 Jahren in 30 Jahre; einige Fälle ausgenommen, worin er die 40 Jahre beybehielt. 2) Er legte der dreyßigjährigen Präſcription die Kraft bey, ein Eigenthum zu wirken, wofern nur der praeſcribens in bona fide iſt. 3) Machte er die Uſucapion und praeſcriptionem longi temporis einander gleich, und zwar a) **in Anſehung der Wirkungen.** Denn man kann durch die praeſcriptionem longi temporis ein Eigenthum erlangen (*4). b) **In Anſehung der Gegenſtände.** Man diſtingirt nemlich nicht mehr zwiſchen Gütern, die in Italien, und ſolchen, die in den Provinzen liegen. Der einzige Unterſchied blieb nur beſtehen, daß man von unkörperlichen Dingen das Wort *uſucapere* nicht gebraucht, ſondern nur den Ausdruck *praeſcribere*. Endlich c) machte

er

er sie einander auch gleich in Absicht der Zeit; die Usucapion erfordert, eben so, wie die praescriptio longi temporis, eine Zeit von 3, 10, oder 20 Jahren (*5).

Noch ist die erste Anmerkung zu dem Paragraph zu erklären übrig. Das Naturrecht weiß nach der richtigern Meynung nichts von der Verjährung (*6). Justinian rechnet sie daher mit Grund unter die modos adquirendi civiles. Die bürgerliche Gesetze haben sie eingeführt 1) zur Strafe der Nachläßigkeit. Sie glauben, daß ein Mensch, der seine Sache so lange in fremden Händen läßt, und seine Rechte versäumt, billig mit deren Verlust bestraft werde. 2) Damit die Processe nicht ewig werden. Wenn nemlich keine Verjährung gilt: so kann ich wegen eines Handels noch nach 100 und mehr Jahren belangt werden. Nach so langer Zeit ist die Sache in Vergessenheit gekommen, die Zeugen sind gestorben, die Documente verlohren u. s. w. Daher ist sehr heilsam verordnet, das jede Klage binnen gewisser Zeit angestellt werde, und wenn dieß nicht geschiehet, verlohren seyn soll. 3) Würden ohne Verjährung die Eigenthumsrechte immer ungewiß bleiben. Wenn ich eine Sache durch den gerechtesten Titel an mich brächte: so würde ich doch nicht versichert seyn, daß ich sie behielte, weil es seyn könnte, daß mein auctor (der, von dem ich sie erhalten habe) nicht befugt gewesen wäre, sie mir zu überlassen. Durch die Verjährung wird dieser Ungewißheit abgeholfen.

(1) *Meister* progr. de errore circa titulum eiusque effectu in usucap. §. 7. in opusc. vol. 1. p. 133.

(2) Von der Erwerbung eines iuris ad rem durch Verjährung s. L. 6. D. de usuris. Kann man aber auch ein Pfandrecht durch die Verjährung erwerben? Wenn mir nemlich jemand ein Pfand giebt, von dem er nicht Eigenthümer ist, und ich die Sache 10, oder 20 Jahre bona fide besitze, erlange ich dadurch ein Pfandrecht? *Christ. Gottl. Gmelin* in tract. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditor in re sibi non propria constituit, §. 23. pag. 74. Joh. Ludw. Schmidt in s. Rechtssprüchen S. 441. u. f. f. und Ernst Gottfr. Schmidt Abh. vom Erwerb des Pfandrechtes durch die Verjährung. Jen. 1788. behaupten es. Anderer Meynung ist mit verschiedenen ältern Juristen *Io. Bapt. Wankel* diss. de pignore usucapto, (Giss. 1786.) §. 20. Die Sache ist zweifelhaft, und es hält schwer, das pignus usucaptum nach den Römischen Gesetzen zu vertheidigen.

(3) *Contius* disp. lib. 1. cap. 11. in opp. p. 167.

(4) Das Gegentheil behauptet *Galvanus* l. c.

(5) Daher heißt iure auctoritatis possidere soviel, als iure usucapionis besitzen. *Cic.* de arusp. resp. cap. 7. Die Geschichte der Verjährungslehre erzählen *Galvanus* de usufr. cap. 11. *Franc. Car. Conradi* in einer Abhandl. welche seiner triga libellorum, quibus iura usucapionum illustrantur, (Lipс. 1728. 4.) vorgesetzt

gesetzt ist, und *Andr. Flor. Rivinus* diss. de usucapionis statu sec. ord. chronologicum a XII. tabulis ad tempora Iustiniani, Lipsi. 1756.
(6) Mein Naturrecht §. 110. und die dort angeführten Schriften.

§. 394. Erfordernisse jeder Verjährung.

Jede adquisitive Verjährung erfordert also 1) eine verjährungsfähige Sache; denn es giebt Dinge, die man durch keine Verjährung an sich bringen kann, und die im folgenden §. beschrieben werden. 2) *Bonam fidem.* Was das heisse, ist oben schon (§. 281.) beyläufig erklärt worden, wird aber im 396sten §. noch deutlicher aus einander gesetzt werden. 3) Eine ununterbrochene Possession. Denn, wenn ich in keinem ruhigen Besitz der Sache bin: so kann ich sie nicht durch Verjährung erwerben. Man sehe den 397sten §. 4) Wird zu jeder Verjährung die Verfliessung eines gewissen von den Gesetzen bestimmten Zeitraums erfordert; einer Zeit von 3, oder 10, oder 20, oder 30, oder 40, oder 100 Jahren (§. 399. 403. 404. 405.).

§. 395. Welche Sachen zur Verjährung unfähig sind.

Unfähig zur Verjährung sind 1) die Sachen, welche kein Gegenstand des Commerzes sind, die man nicht eigenthümlich haben, verkaufen, vertauschen, verschenken u. s. w. kann. Dergleichen sind nach Römischen Rechten die res divini iuris, res sacrae et religiosae; (§. 263. §. 265.) (*1). 2) Die Sachen eines Pupillen, das heißt, wenn ich die Sache eines Pupillen auch durch den rechtmäßigsten Titel an mich bringe, und in optima fide bin: so kann ich sie doch, so lange, als der Mensch unmündig ist, und unter der Vormundschaft steht, nicht verjähren. Man denke sich den Fall, daß ein Pupill eine seiner Sachen bey jemanden deponirt, und dieser sie mir verkauft. Solang der Pupill unmündig ist, steht alle Verjährung still, aber nach zurückgelegten Jahren der Unmündigkeit fängt die praescriptio 30 annorum an zu laufen (*2). 3) Die *res merae facultatis.* Ueber die Definition einer rei oder actus merae facultatis ist viel geschrieben worden. Die Nominaldefinition ist leicht zu geben. Actus merae facultatis ist eine Handlung, die ich thun kann, so lange ich will, ohne dadurch verbunden zu werden, sie fernerhin zu thun, und die ich auch unterlassen kann, so lange ich will, ohne dadurch zu fernerer Unterlassung verpflichtet zu werden. Aber welche Handlungen sind dann nun von dieser Art, daß ich sie ohne Nachtheil so lange thun und unterlassen kann, als es mir gefällt? Ich glaube, daß folgende Vorstellungsart die richtigste und fruchtbarste in der Praxis ist. Es giebt dreyerley Handlungen, die nach der Vorschrift der Gesetze binnen gewisser Zeit geschehen müssen: 1) muß ich die mir zustehende Klagen binnen der vorgeschriebenen Zeit anstellen; 2) darf ich die Servituten, die ich auf eines andern Sache habe, nicht zu lang ver-

nachlässigen, sonst gehen sie durch den Nichtgebrauch verlohren; (§. 368. 378.) 3) darf ich einem andern nicht zu lange ein dingliches Recht, Eigenthum oder Servitut auf meiner Sache ausüben lassen; denn er kann es sich durch den Zeitverlauf erwerben. Alle andere Handlungen sind actus merae facultatis; z. E. ein Testament machen, heyrathen, kaufen, verkaufen, meine Wohnung ändern, einen Degen tragen, mich dieses und keines andern Schneiders, Schusters u. s. w. zu bedienen, meine Waare von diesem Kaufmann zu nehmen (*3); denn alle diese Handlungen sind keiner Verjährung unterworfen; das heißt, wenn ich sie noch so lange unterlassen habe: so verliere ich darum das Recht nicht, sie zu thun. Wenn auch noch nie auf meinem Hof ein Gebäude gestanden hat: so kann ich dennoch eins darauf setzen; wenn ich auch gleich meine Waare 30. Jahre lang bey diesem Kaufmann genommen habe: so kann ich sie doch jetzt anderwärts kaufen; wenn ich auch nie eine gewisse Gattung Früchte, z. E. Kartoffeln ausgezehndet habe: so bin ich doch jetzt dazu berechtiget. Nur alsdann findet die Verjährung, und zwar binnen 10, oder 20 Jahren statt, wenn ich einen actum merae facultatis thun will, der dem andern schädlich ist; er mir ihn bona fide als unbefugt wehret, und ich mich dabey beruhige. Z. E. wenn ich auf meinem Grund bauen will, der Nachbar sich aber widersetzt, weil ihm der Bau das Licht benimmt, dabey in bona fide ist, und ich nun lange Zeit still sitze: so ist mein Recht zu bauen verlohren.

(1) *Pufendorf* tom. 3. obs. 161. *Wernher* part. 1. obs. 8. part. 9. obs. 41. *Hommel* rhapsod. obs. 33. *Leyser* spec. 462. med. 7.

(2) L. 3. C. de praescript. XXX. vel XL. annor.

(3) Insonderheit bemerke man: wenn mir ein gewisses Recht unstreitig zusteht: so sind alle Theile, alle Ausflüsse dieses Rechtes res merae facultatis. Z. E. wenn ich Eigenthümer eines Hofes bin: so ist das Recht, auf diesem Hof ein Gebäude aufzuführen, eine res merae facultatis; denn es ist ein Theil meines Eigenthumsrechtes. Wenn ich das Zehendrecht habe: so bin ich befugt, von jeder Art der Früchte, die auf dem zehendbaren Gut gezogen werden, den Zehenden zu fordern. Also das Recht, diese oder jene einzelne Gattung Früchte auszuzehenden, ist eine res merae facultatis.

§. 396. Was ist bona fides?

Das zweyte Erforderniß jeder adquisitiven Verjährung ist der gute Glaube, *bona fides*. Wenn ich nemlich a) eine Sache als die meinige besitze; b) nicht weiß, daß sie einem andern gehört; und c) diese Unwissenheit Entschuldigung verdient: so bin ich in bona fide. Also ich muß die Sache als die meinige, oder wie die Juristen reden, civiliter besitzen. Wer blos naturaliter besitzt, z. E. einer, der die Sache geliehen hat, (commodatarius) oder dem sie in Verwahrung gegeben ist, (depositarius) ist weder in bona, noch

in

in mala fide (*1). Ich muß ferner nicht wissen, daß die Sache einem andern gehört, und diese Unwissenheit muß Entschuldigung verdienen. Dergleichen ist a) die Unwissenheit eines facti, die sich nur nicht auf eine grosse Nachlässigkeit (culpam latam aut levem) gründet. Z. E. wenn ich eine Sache kaufe, und nicht weiß, daß sie dem Verkäufer blos geliehen war. b) Die Unwissenheit eines Gesetzes, das nicht allgemein bekannt, oder das ungewiß ist; z. E. wenn ich eine Sache kaufe, die einem Minderjährigen gehört, die aber ohne Nothwendigkeit, blos weil es nützlich ist, verkauft wird (§. 204.) (*2). Nach dem Römischen Recht ist es genug, wenn ich im Anfang, da ich die Sache in Besitz bekomme, in bona fide bin. Wenn ich eine Sache kaufe: so muß ich zur Zeit des geschlossenen Contractes, und zur Zeit der Tradition in bona fide seyn; bey andern Contracten aber ist nur nöthig, daß ich es zur Zeit der Tradition bin (*3). Die Ursache dieser Verschiedenheit weiß ich nicht. Ludeking (*4) giebt einige an, die aber nicht befriedigen. Nach dem canonischen Recht muß man die ganze Verjährungszeit durch in bona fide seyn, und dieß ist in der Praxis angenommen (*5). Uebrigens wird die bona fides vermuthet, und wer behauptet, daß ich in mala fide sey, muß es beweisen (*6).

Die Anmerkung sagt: in dem Fall, wenn ich von einer fremden Sache fructus ziehen will: so muß ich auch nach Römischem Recht in beständiger bona fide seyn; denn die bona fides ist der Grund von der Erwerbung der Früchte. Da ich nun alle Jahre Früchte ziehen will: so muß ich auch alle Jahre in bona fide seyn.

(1) *Voet* ad tit. pro herede n. 1.
(2) *Leyser* spec. 455. med. 4. *Meister* diss. cit. cap. 3. §. 8. in opusc. p. 67. Strube rechtl. Bed. 4. Theil, 254. Seite.
(3) *Lauterbach* coll. th. pr. tit. de usucap. §. 12. *Cocceii* iur. controv. eod. tit. quaest. 7.
(4) *Ludeking* tract. de praescript. p. 127. M. s. auch *Meister* diss. cit. in opusc. pag. 71. sqq.
(5) *Leyser* sp. 455. med. 12. 13. *Cramer* obs. tom. 2. pag. 427. *Rave* de praescript. p. 36.
(6) *Ludeking* tr. cit. cap. 5. n. 35. sqq. p. 136. *Gilkenius* in tract. de usucap. et praescript. pag. 300. n. 10. sqq.

§. 397. Von dem ununterbrochenen Besitz.

Die Verjährung erfordert drittens eine ununterbrochene Possession. Diese Possession muß aber, wie schon aus dem vorigen Erforderniß (§. 396.) folgt, keine blosse *naturalis*, sondern *civilis* possessio seyn; das heißt, ich muß die Sache, die ich verjähren will, in meinem eignen Namen, und in der Absicht besitzen, sie als die meinige zu behalten. Wenn ich eine Sache

nur geliehen oder gemiethet habe; wenn sie bey mir deponirt, mir verpfändet ist, und ich sie auch 30 Jahre auf diese Art besitze: so wird sie darum nicht mein, weil ich kein possessor civilis bin; der animus rem ut propriam habendi bey mir nicht statt findet. Das ist nicht nöthig, daß ich allein während der ganzen Verjährungszeit die Sache besitze; sondern ich kann den Besitz eines andern continuiren. Z. E. man stelle sich vor, eine Sache soll in zehen Jahren verjährt werden; A hat sie fünf Jahre besessen, darauf an B verkauft; dieser hat sie drey Jahre in Besitz gehabt, alsdann an C verkauft, und dieser endlich ist noch zwey Jahre im Besitz gewesen. In diesem Fall ist die Sache präscribirt; denn die fünf Besitzjahre des A, die drey des B, und die zwey des C machen die ganze Präscriptionszeit aus. Dieß drückt man kurz also aus: *successor continuat possessionem auctoris sui;* oder auch: *tempora inter auctorem et successorem coniunguntur* (*1). Indessen ist ein Unterschied zwischen einem allgemeinen Successor, welcher alle meine Rechte und Verbindlichkeiten, z. E. Erbschaftsrecht erhält, und einem *successore singulari*, der nur eine einzelne Sache von mir bekommt. Wer z. E. mein Haus kauft, ist mein successor singularis. Ein successor universalis succedirt auf doppelte Art, a) *in possessione*, und b) *in fide;* das heißt, er bekommt nicht nur den Besitz des antecessoris, sondern wird auch als *bonae fidei* possessor angesehen, wenn der antecessor in bona fide war; als *malae fidei* possessor, wenn der antecessor es gewesen ist. Die Ursache liegt in der Regel: heres et defunctus habentur pro una persona. Daraus entstehen dann folgende Regeln:

Erste Regel. Wenn der antecessor in bona fide war: so kann der Universalsuccessor die angefangene Verjährung vollenden, und zwar ist es nach dem Römischen Recht nicht nöthig, daß er selbst in bona fide sey. Denn dieses Recht erfordert, wie wir aus dem vorhergehenden §. wissen, nur im Anfang bonam fidem (*2).

Zweyte: War der antecessor in mala fide: so kann der Universalsuccessor gar nicht verjähren, wenn er gleich selbst in bona fide wäre; denn er succedirt in die malam fidem seines Erblassers, oder wie man auch sagt: heres succedit in vitia defuncti (*3).

Dritte: Ein *successor singularis* kann, wenn der *antecessor in bona fide* war, die Verjährung fortsetzen. Nur muß er selbst in bona fide seyn. Ist er in mala fide: so kann er sie weder fortsetzen, noch eine neue anfangen (*4).

Vierte: Wenn der *successor singularis* die Verjährung fortsetzen will, dessen *antecessor in mala fide* war: so sehe man zu, ob der successor auch in mala fide ist, oder nicht. Ist er selbst in mala fide: so kann er keine Präscription fortsetzen, und selbst keine anfangen. Keine fortsetzen; denn der antecessor

ceſſor hat keine angefangen; keine anfangen; denn er ſelbſt iſt in mala fide. Iſt hingegen der ſucceſſor in bona fide: ſo kann er eine Verjährung anfangen, doch muß er zuweilen, wie wir §. 403. IV. hören werden, dreyßig Jahre lang beſitzen. S. die zu dieſem §. gehörige 25ſte Tabelle.

(1) *Of. Aurel.* de variantibus *Cutac.* diſpunct. 46. in theſaur. *Otton.* tom. 3. p. 799.

(2) Daß der Erbe, im Fall ſein Erblaſſer in mala fide war, keine Verjährung fortſetzen kann, iſt gewiß; denn der Verſtorbene hatte keine angefangen. Allein kann der Erbe keine in eigener Perſon anfangen? Dieß iſt ſehr ſtreitig. Ich halte die verneinende Meynung, aus den im §. angeführten Gründen für richtiger, weil der Erbe mit dem Verſtorbenen für Eine Perſon gehalten wird, und in ſeine vitia realia ſuccedirt. *Fachineus* controv. lib. 1. cap. 66. lib. 8. cap. 27. *Vinn.* ad §. 7. h. t. n. 5.

(3) Strube rechtl. Bed. 2. Band, 101. Bed. Wie ſteht es aber mit dem canoniſchen Recht? Das cap. fin. X. de praeſcript. redet zwar nur von dem Fall, wenn ein und dieſelbe Perſon die Verjährung anfängt und vollendet; nicht von dem, wenn der Erbe die Verjährung ſeines Erblaſſers fortſetzen will, und verordnet in jenem Fall, daß der Verjährenvollende die ganze Zeit über in bona fide ſey. Allein die Raiſon, die es anführt: quoniam omne, quod non eſt ex fide, peccatum eſt, iſt doch allgemein. Man muß daher behaupten, daß der Erbe allerdings in bona fide ſeyn müſſe. *Struv.* ex. 43. th. 18. *Siegel* diſſ. de rer. hereditar. uſucap. §. 7. Anderer Meynung iſt *Dieteric.* diſſ. de continuatione poſſeſſionis per ſucceſſores, th. 11.

(4) *Cocceii* iur. controv. tit. de uſucap. quaeſt. 22.

§. 398. Von der Unterbrechung der Verjährung.

Der Beſitz des Verjährenwollenden muß ruhig ſeyn. Die **Unterbrechung einer** angefangenen Verjährung heißt uſurpatio. Sie kann geſchehen a) durch die Unterbrechung des Beſitzes; b) durch ein Geſetz; c) durch Anſtellung einer Klage; auch d) in einigen Fällen durch eine auſſergerichtliche Proteſtation. Wenn ſie a) durch Unterbrechung des Beſitzes geſchiehet: ſo heißt ſie *uſurpatio naturalis*. Z. E. jemand will meine Taſchenuhr verjähren, ſie wird ihm aber geſtohlen oder geraubt, er verliert ſie auf der Straſſe, ehe die Verjährungszeit vollendet iſt (*1). Nun iſt ſeine Verjährung dergeſtalt unterbrochen, daß, wenn er auch wieder in den Beſitz kommt, er doch ganz von neuem zu verjähren anfangen muß. b) Durch ein Geſetz wird die Verjährung unterbrochen, wenn während der Verjährungszeit ein Geſetz gegeben wird, das die Verjährung dieſer Sache verbietet (*2). Die uſurpatio geſchiehet aber auch c) durch einen Proceß, und zwar nach dem alten Römiſchen Recht durch die **Litis Conteſtation**, eine gerichtliche Handlung, welche unten §. 987. und §. 1240. erklärt werden ſoll. Nach den neuern Geſetzen aber wird ſchon durch die **Citation** die Verjährung unterbrochen. Wenn es alſo mor-

gen drey Jahre wird, daß ich eine bewegliche Sache durch rechtmäßigen Titel, aber von einem non domino an mich brachte, und nun der wahre Eigenthümer kommt, eine Vindicationsklage anstellt, mich citiren läßt, die Citation mir heute insinuirt wird: so ist die Verjährung unterbrochen. Ja, wenn sich der Kläger alle Mühe gegeben hat, vor dem Ablauf der Verjährungszeit eine Citation zu erhalten: so ist auch das schon genug (*3).

Was ist aber die Wirkung dieser Unterbrechung? Man mache einen Unterschied: entweder wird der Proceß entschieden, oder er bleibt liegen. Im letzten Fall kann ihn der Kläger binnen 40 Jahren wieder fortsetzen, und diese 40 Jahre fangen an zu laufen vom letzten gerichtlichen Actus, der in dem Proceß geschehen ist. Wird aber der Proceß entschieden: so fällt er entweder für den Kläger aus, oder für den Beklagten. Wenn der Kläger gewinnt: so muß der Beklagte die Sache herausgeben, und kann sich nicht darauf berufen, daß während des Processes die Verjährungszeit zu Ende gegangen sey. Gewinnt aber der Beklagte: so ist es eben so gut, als ob der Proceß gar nicht angestellt worden wäre, und die Präscription ist nicht dadurch unterbrochen. Z. E. ich habe im Jahr 1760. ein Gut gekauft, im Jahr 1765. macht A Anspruch daran; der Proceß wird im Jahr 1769. entschieden, und A mit seiner Klage abgewiesen. Im Jahr 1771. kommt B, und will das Gut vindiciren, ich setze ihm die Exception der Verjährung entgegen. Er replicirt; die Verjährung sey durch den vom A angestellten Proceß unterbrochen worden, also noch nicht vollendet. Allein diese Replik ist ohne Grund. Da ich von der Klage, die A anstellte, losgesprochen worden bin: so konnte dieser ungerechte Proceß meine angefangene Verjährung nicht interrumpiren (*4). Endlich d) wird die Verjährung auch zuweilen durch eine aussergerichtliche Protestation unterbrochen; in dem Fall z. E. wenn ich dem Besitzer solche Gründe vorlege, die ihn in malam fidem bringen. Mehrere Fälle hat Struv (*5).

In der Anmerkung stehet noch: der Landesherr hat das besondere Vorrecht, daß, wenn er etwas als eine rem fiscalem oder dominicam verkauft, die Käufer sogleich Eigenthümer werden, und der vorige Eigenthümer binnen vier Jahren gegen den Fiscus klagen muß. Man stelle sich den Fall vor, daß der Fiscus das Vermögen eines Delinquenten confiscirt, daß darunter eine Uhr ist, die dem Delinquenten nicht gehört hat, daß der Fiscus das Vermögen verauctionirt, und ich die Uhr kaufe. Sobald ich sie bezahlt und übergeben bekommen habe, ist sie mein, und der vorige Eigenthümer muß sich an den Fiscus halten. Res fiscales et dominicae waren übrigens bey den Römern darin verschieden: die res fiscales hatte der Kayser als Kayser, der Staat hatte sie ihm als seinem Oberhaupt gegeben, die res dominicas oder patrimoniales oder auch res Caesaris (*6) hatte er wie eine Privatperson acquirirt.

(1) *Lude-*

(1) *Ludeking* tract. de usucap. cap. 10. §. 8. giebt mehrere Exempel.
(2) *Berger* oec. iur. lib. 2. tit. 2. th. 26. not. 12. Struben rechtl. Bed. 5. Theil, 280. Seite.
(3) *Wernher* part. 9. obs. 229.
(4) *Wernher* part. 1. obs. 30.
(5) Ex. 43. th. 28.
(6) §. 39. I. de rer. divis.

§. 399. Von der Verjährungszeit.

Endlich das vierte Erforderniß einer jeden Präscription ist der Verlauf einer gewissen Zeit, der Verlauf von 3. 10. 20. 30. 40. oder 100. Jahren. Die Verjährung, welche binnen 3. 10. und 20. Jahren vollendet wird, heißt *praescriptio longi temporis*. Also longum tempus heißt in dieser Materie eine Zeit von 3. 10. oder 20. Jahren; longissimum tempus ein Raum von 30. 40. oder 100. Jahren. Im welchem Fall aber ist longum tempus hinreichend, in welchem ist longissimum erforderlich?

§. 400. Fortsetzung.

Wenn ich eine Sache 1) mit rechtmäßigem Titel besitze; und 2) die Sache selbst zur Verjährung der langen Zeit fähig ist: so wird sie in 3. 10. oder 20 Jahren mein; a) in drey Jahren, wenn es eine bewegliche Sache ist; b) in zehen Jahren, wenn sie unbeweglich, und der wahre Eigenthümer gegenwärtig ist; endlich c) in zwanzig Jahren, wenn die Sache unbeweglich, der wahre Eigenthümer aber abwesend ist. Also bey beweglichen Sachen kommt nichts auf die Gegenwart und Abwesenheit des Eigenthümers an. Diese Sachen werden ohne Unterschied binnen drey Jahren verjährt. Hingegen bey unbeweglichen Sachen muß man zusehen, ob der, gegen den ich verjähren will, gegenwärtig ist, oder nicht. Was heißt aber gegenwärtig? Nach Römischen Gesetzen heisse ich in dieser Materie gegenwärtig, wenn ich in derselben Provinz wohne, worinn der wohnt, welcher meine Sache verjähren will. Aber da wir die Einrichtung mit Provinzen nicht haben wie die Römer: so kann man heutigestags nur den für gegenwärtig halten, welcher mit dem Präscribenten einerley Richter in erster Instanz hat (*1). Z. E. wenn zwey Dörfer in einem Amt liegen: so sind die Einwohner derselben in Rücksicht der Verjährung einander gegenwärtig. Stehen zwey Personen in erster Instanz unter derselben Regierungscanzley: so sind sie einander gegenwärtig, ob sie gleich in verschiedenen Städten wohnen.

Wie aber, wenn der, gegen welchen ich verjähren will, eine Zeitlang gegenwärtig und eine andere Zeitlang abwesend ist? Z. E. ich bekomme im Jahr 1760. eine Sache in meinen Besitz, und will sie verjähren; der wahre Eigenthümer ist von 1760. bis 1770. abwesend; von 1770. bis 1776. aber gegen-

gegenwärtig; im Jahr 1776. stellt er die Vindicationsklage gegen mich an; ich setze ihm die Einrede der Verjährung entgegen; ist die Verjährungszeit vollendet? Wenn man bedenkt, daß ich in zehen Jahren gegen einen gegenwärtigen, erst in zwanzig Jahren aber gegen einen abwesenden verjähren kann; so wird sich daraus der Schluß von selbst geben, daß **Ein Jahr der Gegenwart so viel gilt, als zwey Jahre der Abwesenheit.** Man kann also in Fällen, wo der Eigenthümer einige Jahre gegenwärtig und einige abwesend war, die Jahre der Gegenwart verdoppeln, und das doppelte nun als Jahre der Abwesenheit betrachten. Umgekehrt kann man auch die Jahre der Abwesenheit halbiren, und alsdann diese Hälfte für Jahre der Gegenwart ansehen. In dem gegebenen Exempel war.

vom Jahr 1760. bis 1770. } der Eigenthümer abwesend,
von da bis 1776. } gegenwärtig.

Hier also sind : : 10 Jahre der Abwesenheit.
: : 6 Jahre der Gegenwart.

Man verdopple die letztern, setze anstatt der 6 Gegenwartsjahre, 12 Jahre der Abwesenheit. Nun hat man:

10 Jahre der wirklichen Abwesenheit.
12 Jahre der Abwesenheit, welche durch das Verdoppeln der Gegenwartsjahre entstanden sind.

Summe 22 Jahre der Abwesenheit.

Demnach wäre die Zeit der Verjährung vollendet. Oder man lasse die 6 Jahre der Gegenwart stehen, halbire aber die 10 Jahre der Abwesenheit, und addire die Hälfte zu jenen 6 Jahren, also setze

6 Jahre der wirklichen Gegenwart.
5 Jahre der Gegenwart, welche durch das Halbiren der Abwesenheitsjahre entstanden sind.

Summe: 11 Jahre der Gegenwart.

Folglich ist auch nach dieser Rechnung die Präscriptionszeit vollendet (* [2]).

(1) *Hahn* ad *Wesenb.* tit. de usucap. n. 7. verb. decem annor. *Ludeking* de prae-

praeſcription. pag. 16. n. 69. *Stryk* uſ. mod. tit. de uſucap. §. 7. *Berger* Oec. I. lib. 2. tit. 2. §. 24. not. 2.

(2) Nov. 119. cap. 8. *Meiſter* diſſ. vindiciae legislationis Iuſtinianeae de mixto tempore computando, in opuſc. n. 8.

§. 401. Vom rechtmäßigen Titel.

Die praeſcriptio longi temporis erfordert einen **rechtmäßigen Titel**, das heißt, einen Titel, welcher verbunden mit der Tradition mich ſogleich zum Eigenthümer gemacht hätte, wenn nur mein auctor befugt geweſen wäre, die Sache auf mich zu übertragen. Z. E. der Tauſchcontract iſt ein Titel, der mich zum Eigenthümer macht, ſobald mir die Sache von einem tradirt iſt, welcher das Recht zu tradiren hat; er iſt alſo auch in der Verjährung ein rechtmäßiger Titel. Folglich iſt es nicht genug, 1) daß ich mir einbilde, einen rechtmäßigen Titel zu haben; ich muß ihn wirklich haben; es wäre denn, daß mein Irrthum Entſchuldigung verdiente. Ein Irrthum nemlich, welcher aus Unwiſſenheit der Geſetze entſteht, verdient der Regel nach keine Entſchuldigung (*[1]); wohl aber der, welcher ſich auf die Unwiſſenheit eines facti gründet; wofern nur dieſe Unwiſſenheit nicht eine groſſe Nachläßigkeit (culpam latam aut levem) vorausſetzt (*[2]). Man ſtelle ſich vor, daß mir ein Pupill etwas ohne die Einwilligung des Vormundes verkauft, und ich glaube, daß er dazu befugt ſey. Hier iſt ein error iuris, der keine Entſchuldigung verdient, vorhanden; ich habe alſo keinen gerechten Titel. Hingegen wenn z. E. mein Sklav, mein Sohn, mein Vormund mir eine Sache bringt und vorgiebt, daß er ſie gekauft habe, da er ſie doch gefunden hat; ich hinreichenden Grund habe, dieſes Vorgeben zu glauben: ſo bin ich in errore facti, und zwar einem ſolchen, der Entſchuldigung verdient. 2) **Ein fingirter Contract** giebt keinen gerechten Titel. Z. E. weil Ehegatten einander nichts ſchenken dürfen: ſo ſimuliren ſie einen Kaufcontract; die Frau verkauft dem Mann das Haus zum Schein, das ſie ihm wirklich ſchenkt. Dieſer Scheinkauf giebt ihm keinen gerechten Titel. Auch 3) **ein wiederruflicher Handel** iſt nicht hinreichend. Dergleichen iſt donatio mortis cauſa. Wenn ich einem etwas ſchenke, aber ſo, daß die Schenkung erſt nach meinem Todt gelten ſoll: ſo heißt ſie donatio mortis cauſa. (§. 409) Eine ſolche Schenkung kann ich wiederrufen, ſo lang ich lebe. (§. 414.) Geſetzt aber, ich tradire die geſchenkte Sache dem donatario, und er behält ſie lange Zeit im Beſitz, hat er ſie in dieſem Falle verjährt? Nein, denn der Titel iſt wiederruflich. Wer übrigens eine Sache ohne rechtmäßigen Titel beſitzt, iſt darum nicht ganz auſſer Stand zu verjähren; wofern er anders civiliter beſitzt. (§. 397.) Er kann nur nicht **uſucapiren, oder in langer Zeit verjähren**, ſondern muß 30 Jahre lang beſitzen (*[3]).

(1) Die Ausnahmen hat *Meister* progr. cit. §. 19.
(2) *Meister* progr. cit. §. 22.
(3) L. 8. §. 1. C. de praescript. 30. vel 40. ann. (VII. 39.)

§. 402. Fähigkeit der Sache zur Usucapion.

Die praescriptio longi temporis erfordert aber auch die Fähigkeit der Sache. Manche Sachen nemlich können zwar überhaupt verjährt werden, aber doch nicht in langer Zeit. Man muß sie 30. 40. oder 100. Jahre lang besitzen, ehe man sie verjähren kann. Diese Sachen werden in den drey folgenden Paragraphen erzählt (* 1).

(1) Die Erfordernisse der Verjährung langer Zeit sind in dem bekannten Verse beschrieben:

Res habilis, titulus, fides, possessio, tempus.

§. 403. Von der dreißigjährigen Präscription.

Nemlich dreyßig Jahre sind erforderlich zur Verjährung, 1) wenn die Sache, die ich verjähren will, *res vitiosa*, das heißt, gestohlen oder mit Gewalt in Besitz genommen worden ist. Der Dieb und gewaltsame Besitznehmer selbst kann dergleichen Sachen nie präscribiren, und wenn sie ein Dritter auch durch den gerechtesten Titel erlangt, und optima fide besitzt: so kann er sie doch nicht eher, als in dreyßig Jahren präscribiren. Schon in den Gesetzen der 12 Tafeln, und nachher in der lege Atinia war verordnet, daß res furtivae nicht sollten usucapirt werden können (* 1), von den gewaltsam in Besitz genommenen Sachen verordneten die leges Plautia de vi und Iulia de vi ebendasselbe. Uebrigens bemerke man noch, eine gestohlne oder mit Gewalt weggenommene Sache bleibt so lange res vitiosa, bis sie wieder an ihren vorigen Eigenthümer zurückkommt. Sobald das geschiehet, ist das *vitium* purgirt, wie die Juristen sagen. Nun kann die Sache wieder in der gewöhnlichen Zeit verjährt werden (* 2).

2) Sachen eines Minderjährigen. Nemlich wenn ich dergleichen Sachen verjähren will: so kann es auf doppelte Art geschehen: a) wenn ich die Zeit der Minorennität abrechne: so kann ich in langer Zeit präscribiren. Z. E. ich habe die bewegliche Sache eines Minderjährigen im Jahr 1770. gekauft; er wird majorenn im Jahr 1772. Von diesem Jahr an lauft ihm die praescriptio longi temporis; nach drey Jahren also habe ich die Sache usucapirt. Man kann aber auch b) dergleichen Sachen in dreißig Jahren präscribiren, und in diesem Fall braucht man die Zeit der Minderjährigkeit nicht abzurechnen (* 3). Z. E. ich kaufe das Landgut eines abwesenden Minorennen im Jahr 1740, er wird majorenn im Jahr 1751. In diesem Fall ist meine dreyßigjährige Präscription im Jahr 1770. geendigt; denn die Zeit vom Jahr

1740.

1740. bis 1751. wird nicht abgezogen. Von den Sachen der Pupillen ist oben gesprochen worden. (§ 395.)

3) Die *res adventitiae filiorum familias.* Wenn nemlich Kinder in väterlicher Gewalt sind, und eigenes Vermögen besitzen, das nicht im Militärstand, auch nicht durch die Wissenschaften, oder in einem öffentlichen Amt erworben ist: so heißt es peculium adventitium. (§. 430.) Dieses darf der Vater nicht veräussern; thut er es aber dennoch: so lauft a) die Verjährung den Kindern nicht, so lang sie in der väterlichen Gewalt sind (* 4); wird aber b) diese geendigt: so fängt die dreyßigjährige Präscription zu laufen an.

4) Die Sachen, welche ein malae fidei possessor alienirt. Er selbst kann nie die Sache durch Verjährung erlangen; wenn er sie aber alienirt, und der jetzige Besitzer in bona fide ist: so kann sie dieser doch nicht eher, als in 30 Jahren präscribiren. Denn die Alienation einer fremden Sache, welche der Besitzer wissentlich vornimmt, ist eine Art von Diebstahl, und macht also die Sache zu einer re vitiosa (* 5). Doch bemerke man die Einschränkung: wenn der wahre Eigenthümer nicht weiß, daß ihm die Sache gehöre, und an mich veräussert worden sey; denn weiß er dieß, und sitzt doch stille: so kann der Besitzer in langer Zeit verjähren (* 6).

5) Sachen, deren Veräusserung durch ein Gesetz oder Testament verboten ist; Z. E. wenn der Ehemann eine ihm von der Frau als Heyrathsgut zugebrachte unbewegliche Sache (fundum dodalem) widerrechtlicher Weise verkauft; (§. 418.) oder wenn ein Gut im Testament mit einem Familienfideicommiß belegt ist, das heißt, der Erblasser hat verordnet, daß es nicht veräussert werde, sondern beständig bey seiner Familie bleiben soll; und einer von der Familie es gleichwohl veräussert. In beyden Fällen kann der Besitzer die Sache erst binnen 30 Jahren präscribiren.

(1) *Adr. Pulvaei* tr. de lege Atinia, in *Otton.* Thesaur. tom. 4. p. 327. sqq. und in *Conradi* triga libellor. de usucap. pag. 71. sqq.

(2) Zu den gestohlenen Sachen werden auch entflohene Sklaven gerechnet, weil sie sich gleichsam selbst gestohlen haben. §. 1. h. t. Ich sage, das vitium werde purgirt, wenn die Sache an den vorigen Eigenthümer zurückkomme. S. davon *Vinn.* ad §. 3. h. t.

(3) L. 5. C. in quib. causis in integr. restit. *I. H. Boehmer* diss. de cursu praescript. contra minores suspenso, §. 7. sqq. in Exerc. ad P. vol. 5. p. 384. sqq. *Leyser* spec. 463. med. 1. 2.

(4) In diesem und in andern Fällen, wo eine gewisse Zeit in der Berechnung der Verjährungszeit nicht angesetzt werden kann, wo die Verjährung eine Zeit lang nicht fortlauft, sondern still steht, sagt man: sie schlafe. So schläft also die Verjährung, a) solang der Eigenthümer unmündig ist, b) in Kriegszeiten, c) wenn alle Gerichte geschlossen sind, (tempore iustitii); d) solang die Kinder, deren adventitia vom Vater veräussert werden, in der väterlichen Gewalt sind.

Endlich schläft auch e) die praescriptio *longi temporis* solang, als der Eigenthümer minderjährig ist. *Rave* de praescriptione, §. 30. sqq. Cramer Wetzlar. Nebenst. 15. Th. 11. Abh.

(5) Doch s. man *Vinn.* ad §. 2. h. t. vers. *qui sciens rem alienam.*

(6) Strube rechtl. Bed. 1. Th. 25. S.

§. 404. Von der vierzigjährigen.

Nicht eher, als in 40 Jahren werden verjährt 1) *res fiscales* und *patrimoniales principis.* Wie diese beyde Arten von Sachen verschieden sind, habe ich im 398. §. gesagt. Heutigestages wollen verschiedene Juristen bey Sachen des Fiscus keine andere, als Immemorialverjährung zulassen; aber ohne Grund (* 1). 2) Die unbeweglichen Sachen der Kirchen. Nach dem Römischen Recht können diese Sachen nicht anders, als in 100 Jahren präscribirt werden, wie L. 23. C. de SS. eccles. und Nov. 9. zeigen; aber nach dem canonischen Recht, C. 13. 14. et 17. X. de praescript. C. 2. de praescript. in 6. und der Praxis (* 3) reichen 40 Jahre hin. 3) Die Sachen der Städte. Sieht man auf die Gesetze: so werden diese Sachen in langer Zeit verjährt, und die Städte haben kein Privilegium, einige Fälle ausgenommen (* 4). Indessen ist in der Praxis der Satz angenommen, daß res civitatis erst binnen 40 Jahren verjährt werden können (* 5).

(1) *Hert.* decis. 519. n. 1. 2. *Horn.* class. 2. Resp. 9. n. 18. 19. pag. 106. *Leyser* sp. 458. med. 1. sqq. Strube rechtl. Bed. 4. Th. 16. Seite.

(2) Diese L. 23. ist berühmt, weil, wie Procop in seinen Anecdoten erzählt, Justinian oder seine Räthe dafür bezahlt worden sind. *Bach.* diss. de praescript. 100. annor. §. 3. sqq.

(3) *Leyser* sp. 459. med. 3.

(4) *Groening* diss. de praescriptione contra civitates (Giss. 1775.) §. 5.

(5) *Cramer* obs. tom. 4. p. 354. Auf andere universitates, corpora und collegia, insonderheit Dorfgemeinden, läßt sich das privilegium der Städte mit Grund nicht ausdehnen. *Groening* diss. cit. §. 3.

§. 405. Von der hundertjährigen.

Die hundertjährige Präscription endlich hat statt bey den Sachen, welche der Römischen Kirche, das heißt, dem Pabst als Bischof zu Rom gehören. In der angeführten Auth. heißt es: sola romana ecclesia gaudente C. annorum spatio vel privilegio. Ob nun gleich diese Worte der Nov. 131. Cap. 6. woraus die Authentica genommen ist, nicht gemäß sind: so ist doch der Satz selbst durch das canonische Recht (C. 14. X, de praescriptione) bestätigt, und in der Praxis angenommen (* 1).

(1) *Groening* l. c. §. 7. p. 28. 29.

§. 406. Von der unvordenklichen Verjährung.

Eine Aehnlichkeit mit der Verjährung hat die sogenannte unvordenkliche Verjährung, *praescriptio immemorialis.* Wenn ich nemlich so lange im Besitz einer Sache oder eines Rechtes gewesen bin, als alte Leute sich erinnern können: so sagt man: ich sey von unvordenklicher Zeit her im Besitz. Aus diesem Besitz entstehet eine Vermuthung, daß ich oder meine Vorfahren diese Sache oder dieses Recht vormals rechtmäßig erworben haben, und wenn ich mich auf diese Vermuthung berufe: so sagt man: ich gründe mich auf die unvordenkliche Verjährung. Z. E. alte Leute in einem Ort sagen aus, daß, so lange sie sich zurück erinnern könnten, ich und meine Vorfahren in dem nahgelegenen Wald gejagt hätten. Ich bin also im unvordenklichen Besitz der Jagdgerechtigkeit, und wenn man mir dieselbe streitig machen will: so kann ich mich mit der Immemorialpräscription schützen.

Man sieht leicht, wie diese Präscription von der eigentlichen Verjährung (praescriptione *definiti temporis*) verschieden ist. a) Die eigentliche Verjährung ist eine Erwerbungsart, (modus adquirendi;) diese aber eine Art zu beweisen, (modus probandi praesumtivus.) (*[1]). b) Wenn ich eine wahre Präscription für mich habe: so ist das Recht des vorigen Eigenthümers verlohren; wenn ich hingegen seit undenklichen Jahren im Besitz bin, und mein Gegentheil beweißt vitiosum initium, das heißt, er zeigt, daß ich oder meine Vorfahren die Sache nicht auf rechtmäßige Art erworben haben: so hilft mich mein unvordenklicher Besitz nichts. c) Wo eine wahre Präscription eintritt, da ist gewiß, daß mein Gegentheil ein Recht gehabt, und es nicht auf mich übertragen, sondern durch die Verjährung verlohren habe. Wenn aber eine Immemorialpräscription erwiesen ist: so wird vermuthet und angenommen, daß der Gegentheil sein Recht auf mich gesetzlich transferirt habe. d) Auch in solchen Fällen, wo die eigentliche Verjährung ganz aufgehoben und verboten ist, findet doch praescriptio immemorialis statt. Nemlich in allen Fällen, wo eine rechtmäßige Acquisition nur auf irgend eine Weise möglich ist, kann man sich auf den unvordenklichen Besitz berufen, und aus ihm den wahrscheinlichen Schluß ziehen, daß man die Sache oder das Recht legitim erworben habe.

Ich habe gesagt: ein unvordenklicher Besitz sey vorhanden, wenn alte Leute sich nicht erinnerten, es anders gesehen zu haben. Was sind aber alte Leute? Gemeiniglich sagt man: einer müsse 54 Jahre haben, wenn er in dieser Materie für alt passiren wolle (*[2]). Allein die Gesetze enthalten diese Bestimmung nicht, sie erfordern nur *testes senes*, und die Gründe, womit man diese Meynung unterstützen will, sind sehr nichtig (*[3]). Nach dem Redegebrauch fängt das Alter im funfzigsten Jahre an. Daher sagen andere richti-

richtiger: ein Zeuge, der durch seine Aussage eine Immemorialverjährung begründen soll, muß wenigstens 50 Jahre alt seyn (*4).

(1) *Reinharth* ad *Christin.* vol. 4. obs. 50. p. 52.
(2) *Kress.* de natura ac indole vetustat. cap. 4. §. 5. p. 113. *Ockel* de praescript. immemor. cap. 12. th. 2. p. 340.
(3) *Rave* p. 424.
(4) *Pufendorf* tom. I. obs. 151. §. 4.

§. 407. Von der actione rescissoria.

Die Verjährung ist ein Erwerbungsmittel. Wenn ich also eine Sache verjährt habe: so bin ich Eigenthümer, und das Recht des vorigen Eigenthumsherrn ist erloschen. Will er die Sache von mir vindiciren: so setze ich ihm exceptionem praescriptionis entgegen. Indessen giebt es Fälle, wo der Prätor eine wirklich vollendete Verjährung aufhebt, und dem Eigenthümer, dessen Sache ich verjährt habe, eine Klage gegen mich verstattet, vermöge welcher ich die Sache herausgeben muß. Diese Klage heißt *actio rescissoria*, und hat in zwey Fällen statt, 1) wenn ich aus gerechten Ursachen von meinem Wohnort abwesend bin; z. E. in öffentlichen Geschäften oder Studirenswegen auf der Academie, und ein anderer während dieser Abwesenheit etwas von meinen Sachen verjährt. Denn der Prätor hielt es für unbillig, daß mir meine gerechte Abwesenheit nachtheilig seyn sollte. 2) Wenn ein anderer von seinem und meinem gemeinschaftlichen Wohnort abwesend ist; etwas von meinen Sachen bey sich hat und verjährt. Auch hier rescindirt der Prätor die Verjährung, weil ich durch des andern Abwesenheit ausser Stand gesetzt wurde, meine Rechte zu verfolgen, also keiner Nachläßigkeit schuldig bin. Ob aber in diesem zweyten Fall nicht nach den neuern Römischen Gesetzen ein anderes Rechtens sey? ist strittig. Nemlich L. 2. Cod. de annal. exc. (VII. 40.) sagt: wenn ein Abwesender etwas von meinen Sachen verjähren will: so kann ich bey der Obrigkeit, oder bey dem Bischof, oder auch in einem öffentlichen Anschlag eine Protestation einlegen, und dadurch den Lauf der Verjährung hindern. Daraus machen verschiedene Juristen (*1) den Schluß: wer diese Protestation unterläßt, ist selbst Schuld daran, daß seine Sache verjährt wird, und kann sich also auf den Beystand des Prätors keine Rechnung machen. Aber andere glauben mit Recht, daß durch die L. 2. Cod. cit. die prätorische Rechtswohlthat nicht aufgehoben sey: denn es kann ja seyn, daß der Eigenthümer von seinem Recht nichts wußte; und diese Meynung ist auch in der Praxis angenommen (*2).

Die Note vergleicht die actionem rescissoriam mit der Publiciana. Wir haben nemlich oben gehört, (§. 345.) daß der Prätor zuweilen fingirt, jemand habe das Eigenthumsrecht erworben, der doch dieses nicht vollkommen bewei-

beweisen kann, und daß die aus einem solchen fingirten Eigenthum entstehende Klage von ihrem Erfinder, dem Prätor **Publicius**, actio Publiciana heisse. Hier fingirt derselbe Prätor, daß einer das Eigenthum noch habe, der es doch durch Verjährung verlohren hat. Die actio rescissoria und Publiciana haben also einerley Urheber, und die rescissoria wird daher in dem angeführten Gesetz auch Publiciana genennt (*3).

(1) Z. E. *Boehmer* introd. in ius Digest. tit. quib. ex cauf. maior. §. 2.
(2) *Lauterbach* coll. th. pr. tit. quib. ex cauf. maior. §. 12. *Huber* praelect. ad Pand. eod. tit. §. 2. *Titius* in iur. privat. lib. 2. cap. 10. §. 14. *Knorr* ad *Ludovici* obf. 166.
(3) Viele glauben, daß auch in der L. 57. D. mandati das Wort publiciana die actionem rescissoriam bedeute; allein mit Unrecht, wie *Püttmann* probabil. lib. 1. cap. 1. zeigt.

TIT. VII.

DE DONATIONIBUS.

§. 408. Was ist die Schenkung?

Wenn ich einem freywillig, ohne daß mich ein Gesetz dazu vollkommen verpflichtet, (nullo iure cogente) erkläre, daß er eine Sache eigenthümlich und umsonst (gratis) von mir erhalten soll: so habe ich ihm eine **Schenkung** gemacht. **Umsonst** oder **unentgeldlich** etwas erhalten, heißt, es so erhalten, daß der Geber kein vollkommenes Recht, kein Zwangsrecht hat, wieder etwas, das ihm nützlich ist, dagegen zu verlangen. Die Schenkung kann aber auf zweyerley Art geschehen, 1) so, daß ich die Sache sogleich übergebe; 2) daß ich nur verspreche, der andere solle die Sache bekommen. Im ersten Fall ist die Schenkung ein modus adquirendi; denn der andere wird sogleich Eigenthümer; im letzten aber ist sie nur ein titulus; denn der donatarius bekommt nur ein ius ad rem; es wird ihm nur möglich gemacht, die Sache zu erwerben (*1). In diesem letzten Fall also ist die Schenkung ein Vertrag, daß ich meine Sache dem andern umsonst überlassen will; und geschiehet entweder Todeswegen, oder unter den Lebendigen.

Die Anmerkung sagt: Justinian rechnet zwar im Text der Institutionen die Schenkung unter die bürgerliche Erwerbungsarten, aber mit Unrecht; denn das Naturrecht kennt sie schon; sie ist also ein modus adquirendi *naturalis*. Man führt zur Vertheidigung Justinians an, die Schenkung sey nach dem alten Römischen Recht durch eine Stipulation geschehen, und diese sey eine Erfindung der bürgerlichen Gesetze. Andere sagen: die Schenkung

von

von Todteswegen erfordere fünf Zeugen, und davon wisse das Naturrecht nichts. Noch andere führen an: die donatio propter nuptias sey im Naturrecht nicht bekannt. Contius glaubt, die Schenkung sey nach dem Naturrecht ohne Tradition nicht giltig. Da aber nach Justinianeischem Recht das blose Versprechen schon eine Klage wirke: so sey die Schenkung ein modus adquirendi civilis (*2). Allein alle diese Gründe sind, wie man leicht sieht, nicht hinlänglich, die Verfasser der Institutionen gegen den Vorwurf eines Irrthums zu rechtfertigen. Wahrscheinlich haben sie sich durch den Cajus oder einen andern alten Rechtsgelehrten irre führen lassen, der zu einer Zeit geschrieben hat, als die Schenkung noch durch Mancipation geschehen mußte, und also wirklich ein modus adquirendi iuris civilis war (*3).

(1) *Vinn.* ad rubr. h. t.
(2) *Contius* lib. 1. disput. cap. 13. opp. pag. 186. sqq.
(3) *Heinecc.* ad *Vinn.* l. c. p. 253.

§. 409. Unterschied der donationis mortis causa und inter vivos.

Die donatio mortis causa ist eine Schenkung, deren Vollkommenheit vom Todte des Schenkenden abhängt, das heißt, die nicht eher unwiederruflich ist, als bis der Schenkende stirbt. Z. E. ich schenke dir auf den Fall, daß ich sterbe, mein Haus; so lange ich lebe, sollst du kein unwiederrufliches Recht auf das Haus haben; erst alsdann, wenn ich todt bin, soll die Schenkung fest und unverbrüchlich seyn. Donatio inter vivos aber heißt eine jede, deren Vollkommenheit nicht von dem Todt des Schenkenden abhängt.

In der Note werden diese Definitionen noch weiter aufgeklärt. 1) Wo eine Schenkung von Todteswegen vorhanden seyn soll, da muß die Vollkommenheit der Schenkung vom Todtesfall abhängen. Wenn die Schenkung sogleich giltig und unwiederruflich ist; und nur die Consummation, das heißt, die Uebergabe, der Besitz, der Genuß der geschenkten Sache, bis auf das Absterben des Schenkenden verschoben wird: so ist es eine donatio inter vivos. Z. E. ich schenke dir mein Haus: die Schenkung soll unverbrüchlich seyn, und du sollst ein irrevocables Recht auf das Haus haben, ich behalte mir aber den Besitz und Nießbrauch vor, so lange ich lebe. (*1). 2) Bey der Schenkung von Todteswegen hängt die Vollkommenheit des Geschäftes vom Todt des Schenkenden ab. Wenn sie auf den Todt eines Dritten verschoben wird: so ist es keine donatio mortis causa; z. E. auf den Fall, wenn mein Oheim sterben wird, sollst du mein Haus haben. Diese Schenkung ist inter vivos; weil sie sich aber doch auf einen Todtesfall bezieht: so heißt sie *mortis causa capio.*

Die donatio inter vivos ist entweder *relata*, oder *simplex*, s. *absoluta*;

die

die relata entweder *remuneratoria*, oder *modalis*. Wenn ich einem etwas schenke in Rücksicht einer gewissen Prästation: so heißt es donatio relata; schenke ich ohne solche Rücksicht, simplex oder absoluta. Hat mir der andere schon etwas geleistet, das ist, gegeben oder gethan, und ich mache ihm zur Belohnung ein Geschenk: so ist es donatio remuneratoria. Soll aber der andere erst noch etwas leisten, das übrigens nur ihm, nicht mir nützlich ist, z. E. ich schenke dir 100 Thlr, um dich in die Bürgerschaft einzukaufen: so heißt es donatio modalis.

Die Distinction zwischen Schenkungen von Todteswegen, und unter den Lebenden ist übrigens sehr practisch. Denn 1) die letztere ist ein Vertrag; die erstere ein Mittelding von Vertrag und letztem Willen. Unten im zehenten Titel des zweyten, und vierzehenten Titel des dritten Buchs werden die Begriffe vom letzten Willen und Vertrag vollständig entwickelt werden. Hier bemerke man vorläufig: wenn ich erkläre, daß jemand nach meinem Todt etwas von meinem Vermögen bekommen soll; er aber diese Erklärung nicht acceptiren kann: so habe ich einen letzten Willen erklärt. Wenn ich hingegen einem etwas verspreche, und er mein Versprechen acceptirt: so ist ein Vertrag vorhanden. Ein solcher Vertrag ist nun die donatio inter vivos. Denn ich erkläre, der andere soll meine Sache unentgeltlich haben, und er acceptirt diese Erklärung. Hingegen die donatio mortis causa hat einiges mit Verträgen, und einiges mit letzten Willen gemein (fluctuat inter conventionem et ultimam voluntatem). (S. §. 414.) Richter (*2) behauptet zwar, sie sey ein blosser reiner letzter Wille. Allein diese Meynung wird durch die L. 35. §. 3. et 4. D. de m. c. donat., durch die Worte Justinians pr. l. h. t. donatio m. c. per omnia *fere* legatis connumeratur, und durch die Nov 87. cap. 1. widerlegt (*3). 2) Die donatio inter vivos producirte nach dem alten Römischen Recht keine Klage, wenn sie nicht durch eine Stipulation geschah, das heißt, wenn ich einem etwas zu schenken versprach, aber mit blos gemeinen Worten, ohne Formel (sine verbis solennibus): so konnte ich aus dem Versprechen nicht belangt werden. Justinian hat dieses in dem angeführten Gesetz abgeschafft, und verordnet, daß eine Schenkung unter den Lebendigen eine Klage wirken solle, wenn sie auch mit gemeinen Worten, ohne Formel erklärt wird (*4). Die Schenkung ist also nunmehr ein pactum legitimum (*5), und die daraus entstehende Klage heißt condictio ex L. 35. §. ult. Codicis de donationibus (*6).

(1) *Vinn.* ad §. 1. h. t. n. 1. *Stryk* us. mod. Pand. eod. tit. §. 2. *Cramer* obs. iur. univ. tom. 4. obs. 237. Uebrigens kann man einem mortis causa auch dergestalt schenken, daß er sogleich Eigenthümer werden soll. Nur ist sein Eigenthum revocabel. L. 2. D. de m. c. donat.

(2) *Io. Tob. Richter* diſſ. de acceptatione in don. m. c. non neceſſaria, §. 4. ſeqq.

(3) In der L. 35. und der Novelle heißt es: man könne ſich verbindlich machen, eine Schenkung m. c. nicht zu wiederrufen. Ein ſolches Verſprechen aber iſt bey einem letzten Willen ungiltig.

(4) Nur müſſen die Worte eine gegenwärtige, nicht eine erſt künftige Schenkung ausdrücken (verba in praeſens, non in futurum collata). *Vinn.* ad §. 2. h. t. n. 2.

(5) Kein Contract in eigentlichem Verſtand. *Rebhan* paralipom. Meieran. fol. 321. *Hunn.* ad *Treutler.* vol. 3. diſp. 20. theſ. 1. *Gottfr. Barth* diſſ. de negatione contractuum unilateral. §. 2. in collect. diſſ. p. 624. ſqq.

(6) Sie iſt aber keine Real- ſondern eine blos perſönliche Klage, wie *Vinn.* ad l. c. n. 3. zeigt.

§. 410. Regeln von den Schenkungen überhaupt.

Jede Schenkung, ſowohl die unter den Lebendigen, als die von Todeswegen, iſt ein Vertrag. Sie erfordert alſo 1) zu ihrer Giltigkeit alles, was zu einem giltigen Vertrag erfordert wird: freye Einwilligung ſolcher Perſonen, welche Verſtand und Willen haben, über einen Gegenſtand, über den ſie diſponiren können, u. ſ. w. (§. 733.). Iſt die Schenkung erzwungen, oder durch Betrug erſchlichen: ſo haben die Exceptionen und Rechtsmittel dagegen ſtatt, welche gegen andere Verträge dieſer Art verſtattet ſind.

2) Alle Sachen, welche ein Gegenſtand des Commerzes ſind, d. i. über welche man Verträge ſchlieſſen kann, können verſchenkt werden. Nur haben viele Juriſten behauptet, man könne nicht ſein ganzes Vermögen, gegenwärtiges und zukünftiges verſchenken (*1). Allein ihre Gründe halten die Prüfung nicht aus (*2). Uebrigens muß ein ſolcher donatarius univerſalis alle Schulden des donatoris, welche vor der Schenkung gemacht ſind, bezahlen (*3).

3) Da Vater und Kinder, ſolange dieſe in väterlicher Gewalt ſind, als Eine Perſon betrachtet werden, und nicht mit einander paciſciren können: ſo können ſie einander auch nichts ſchenken. Nur bemerke man a) wenn der Vater den Kindern etwas ſchenkt, was zu einem peculio caſtrenſi oder quaſi caſtrenſi wird: ſo gilt die Schenkung (*4). Auch umgekehrt, Kinder, welche ein peculium caſtrenſe oder quaſi caſtrenſe haben, können davon ihrem Vater etwas ſchenken (*5). b) Wenn der Vater den Kindern die Früchte ihres peculii adventitii ordinarii überläßt: ſo iſt die Handlung giltig (*6). Auch c) in andern Fällen wird die Schenkung, welche der Vater an die Kinder gemacht hat, giltig, wenn der Vater ſtirbt, oder das Kind emancipiret, ohne die Schenkung wiederrufen zu haben (*7). d) Daß zwiſchen emancipirten Kindern und dem Vater; desgleichen zwiſchen Kindern und der Mutter Schenkungen ſtatt finden, iſt auſſer Zweifel.

(1) *Bachov*

(1) *Bachov* difput. miſcellan. cap. 13. p. 137. ſqq. *Fachin.* controv. lib. 6. cap. 87. 93. *Ant. Faber* coniect. lib. 10. cap. 20. *Tuldenus* ad Pand. h. t. cap. 10. *Carpzov* lib. 5. reſp. 65.

(2) *Rebhan* paralipom. Meier. fol. 323. *Leyſer* ſp. 433. med. 2. *Cocceii* ius controv. h. t. quaeſt. 6. *Walch* l. c. p. 291.

(3) *Voet.* ad Pand. h. t. §. 20. Strubе rechtl. Bed. 1. Th. 178. Bed.

(4) L. 4. C. famil. herciſc. (III. 36.).

(5) Arg. L. 3. §. 3. 4. D. de donat. int. vir. et ux. L. 52. §. 5. et 6. D. de furt.

(6) L. 6. §. 2. C. de bon. quae lib. (VI. 60.).

(7) L. 25. C. de donat. int. vir. et ux. (V. 16.) L. 31. §. 2. D. L. 17. pr. C. h. t. (VIII. 54.). Allein von welcher Zeit an iſt die durch den Todt des Vaters beſtätigte Schenkung giltig? Gleich vom Anfang, oder erſt vom Todt des Vaters an? Iſt der Sohn ſchon bey Lebzeiten des Vaters Eigenthümer, zieht er die Früchte? Die verſchiedene Meynungen erzählt und beurtheilt *Maſius* ſingular. opin. lib. 5. cap. &.

§. 411. Grundſätze von der Schenkung unter Lebendigen.

Die Schenkungen unter den Lebendigen iſt ein wahrer, reiner Vertrag. Es wird daher 1) die Acceptation des donatarii zu ihrer Giltigkeit erfordert. Zu jedem Vertrag gehört Verſprechen und Acceptation. Solang die letztere fehlt, iſt kein verbindliches Pactum vorhanden, alſo auch keine Schenkung. Dieſen in dem Recht der Vernunft nnd der Natur der Verträge gegründeten Satz beſtätigen auch einige ausdrückliche Römiſche Geſetze. L. 55. D. de obligat. et act. ſagt: in omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium; nam ſive ea venditio, *ſive donatio*, ſive conductio, ſive quaelibet alia cauſa contrahendi fuit, niſi animus utriusque conſentit, perduci ad effectum id, quod inchoatur, non poteſt. Und L. 26. C. de donat. (VIII. 54.) ſchreibt vor, daß, wenn man einem Kind etwas ſchenken will, ein Sklav des Kindes die Schenkung acceptiren ſolle. Wenn daher einige Juriſten (*1) haben behaupten wollen, daß die Schenkung, wenigſtens nach neuem Juſtinianeiſchen Recht, keine Acceptation erfordere: ſo iſt es eine Paradoxe, die keinen Beyfall verdient (*2). 2) Ein jeder gültiger Vertrag iſt unwiederruflich, kein Theil kann ohne des andern Einwilligung davon abgehen. Alſo iſt auch eine giltige Schenkung unter den Lebendigen irrevocabel.

(1) *Ant. Faber* de error. pragmat. decad. 47. error. 1. pag. m. 1054. *Io. Pet.* de *Ludewig* diſſ. de diff. iur. rom. et germ. in donat. et barbari adverſus acceptationem (Hal. 1721. in diſſ. ſelect. vol. 3. n. 21.) differ. 2. et 3. *Car. Godofr. Winckler* progr. de donatione, et adverſus eius acceptationem, obſervationes grammaticae, Lipſ. 1770.

(2) *Schilter* Ex. 43. th. 24. *Gundlingian.* part. 29. obſ. 2. 3. 4. *Leyſer* ſp. 433. med. 8. *Voorda* interpret. lib. 3. cap. 19. *Pufendorf* tom. 4. obſ. 156. *Walch* controv. p. 292. *Io. Frid. Wernher* diſſ. de acceptat. in donat. neceſſaria,

Viteb. 1724. *Wolber* diſſ. de opinata remiſſionum debiti ſine acceptatione validitate, §. 7. ſqq. *Ge. God. Schwope* diſſ. de acceptatione, quoad vocis ſenſum haud barbaro donationis adnexu. Lipſ. 1778.

§. 412. Fortſetzung.

Weil indeſſen doch der Schenkende ſeine Sache umſonſt weggiebt: ſo iſt es zuweilen erlaubt, eine Schenkung ganz oder zum Theil zu wiederrufen, umzuſtoſſen und zurückzunehmen. Eine Schenkung kann nemlich 1) aufgehoben werden, wenn ſie *inofficioſa* iſt. Gewiſſen Perſonen muß ich einen Theil meines Vermögens nothwendig hinterlaſſen, nemlich meinen Kindern, Eltern, und zuweilen auch den Geſchwiſtern. Dieſer Theil heißt Pflichttheil, (§. 473.) und jede Handlung, wodurch derſelbe einem benommen oder geſchmälert wird, heißt *inofficioſa:* alſo auch die Schenkung iſt inofficioſa, wodurch dem Pflichttheil Eintrag geſchieht. Man ſtelle ſich vor, mein Vermögen wäre 12000 Thlr., meiner Kinder wären vier. In dieſem Fall iſt der Pflichttheil für jedes Kind 1000 Thlr. Wenn ich nun ſoviel verſchenke, daß ein Kind nicht einmal 1000 Thlr. erbt: ſo habe ich inofficioſe geſchenkt, und die Kinder können die Schenkung revociren (*1). Man ſtreitet darüber: ob eine Schenkung nur alsdann inofficioſa ſey, wenn ſie in der Abſicht geſchieht, den Pflichttheil zu ſchmälern, oder ob es genug ſey, daß ſie dieſe Wirkung habe; ob *affectus* laedendi legitimam erfordert werde, oder ob *effectus* hinreichend ſey? Das letzte iſt das richtigſte, wie Pufendorf, Walch (*2) und andere zeigen.

2) Iſt die Schenkung unter den Lebenden wiederruflich, wenn der donatarius ſich undankbar bezeigt (*3). Wie dieſe Undankbarkeit beſchaffen ſeyn müſſe, wenn ſie eine Urſache zur Revocation der Schenkung werden ſoll, iſt in der L. fin. C. de revoc. donat. (VIII. 56.) beſtimmt. Wenn nemlich der donatarius a) ſchwere Verbalinjurien (iniurias atroces) gegen den Schenker ausſtößt; b) wenn er ihn thätlich injuriiret (ſi impias manus infert); c) ihn vorſetzlich um einen beträchtlichen Theil ſeines Vermögens bringt, durch Diebſtahl, Raub, Verrätherey, Anklage ꝛc. (ſi iacturae molem ex inſidiis ſuis ingerit, quae non levem ſenſum ſubſtantiae donatoris imponit); oder d) ihm nach dem Leben ſteht (vel vitae periculum aliquod intulit). Juſtinian ſetzt zwar noch hinzu: wenn der donatarius die der Schenkung beygefügte Verträge nicht erfülle. Allein in dieſem Fall wird die Schenkung nicht der Undankbarkeit wegen wiederrufen. Ob übrigens eine Schenkung blos wegen der vier angeführten, oder auch wegen anderer gleich wichtigen Urſachen, (z. E. wenn der donatarius den verarmten Schenker nicht ernähren will), revocirt werden könne, iſt beſtritten. Die meiſte Juriſten behaupten das letzte (*4), ob aber mit Grund, daran zweifle ich. Denn das Geſetz ſagt: *ex his tantummodo*

cauſis.

cauſis. Nur in dem Fall, wenn ſich ein factum unter eine der beſtimmten Urſachen claſſificiren läßt, kann man dieſe Meynung zugeben. Z. E. wenn der donatarius die Tochter des Schenkers ſchwängert, mit deſſen Frau Ehebruch begeht: ſo kann die Schenkung wiederrufen werden; denn dieß iſt eine Art von Injurien. Stirbt der Schenker, ohne die Klage gegen den undankbaren donatarium angeſtellt zu haben: ſo können ſeine Erben nicht klagen; denn die Geſetzgeber nehmen an, der Schenker habe die Beleidigung verziehen. Auch kann ich eine Schenkung nicht wiederrufen, wenn ſich erſt die Erben des donatarii undankbar bezeigen.

Endlich iſt auch 3) eine gerechte Urſache, die Schenkung zu wiederrufen, *ſupervenientia liberorum.* Wenn ich nicht vermuthe, daß ich noch Kinder bekommen würde, und in dieſen Umſtänden einem ein Geſchenk mache, nun aber gegen meine Vermuthung noch Kinder erhalte: ſo bin ich befugt, die Schenkung zu wiederrufen. Denn die Kinder ſind mir näher, als der donatarius, und ich machte das Geſchenk unter der ſtillſchweigenden Clauſel: wenn die Umſtände ſich nicht ändern würden (rebus ſic ſtantibus). Auch haben wir ein ausdrückliches Geſetz über dieſe Sache. Nemlich L. 8. C. de revoc. donat. (VIII 56.) giebt dem Patron das Recht, eine dem Freygelaſſenen gemachte Schenkung wegen nachkommender Kinder zu revociren. Viele behaupten zwar, daß man dieſe Verordnung nicht mit Grund auf andere Schenkende ausdehnen könne (*5). Indeſſen läßt ſich doch manches für die extenſive Auslegung anführen, und in der Praxis iſt ſie unſtreitig angenommen (*6).

Es giebt Rechtsgelehrten, welche glauben, daß eine Schenkung auch alsdann wiederrufen werden könne, wenn der Schenker in der Folge verarmt (*7). Aber dieſe Meynung iſt aus den Geſetzen ſchlechterdings nicht zu erweiſen (*8).

Die Geſetze geben indeſſen 4) dem donatori die Wohlthat der Competenz. Wenn ich einem ſo unmäßige Schenkungen gemacht hätte, daß, im Fall ich ſie erfüllen müßte, ich an den Bettelſtab kommen würde: ſo bin ich befugt, ſo viel zurückzubehalten, als ich zu meiner Lebſucht brauche. Is, qui ex cauſa donationis convenitur, ſagt Paullus in der L. 19. §. 1. D. de re iud. in quantum facere poteſt, condemnatur. (§. 1140.)

Die Note bemerkt, daß der berühmte Juriſt Andreas Tiraquell, der ſo fruchtbar war, daß er dreyßig Kinder zeugte, und dreyßig Bücher ſchrieb, folglich wohl nicht in dem Fall war, eine Schenkung unvermuthet kommender Kinder wegen zu wiederrufen, die angeführte L. 8. C. mit einem Commentar erläutert hat.

(1) *Pufendorf* tom. 2. obſ. 178. tom. 3. obſ. 23. Strube rechtl. Bed. 5. Theil. 125. Bed.

(2) *Pufen-*

(2) *Pufendorf* tom. 2. obſ. 178. pag. 561. *Walch* diſſ. de praeſcriptione donationis inofficioſae, §. 5. Was iſt aber Rechtens bey einer donatione mortis cauſa inofficioſa? Wenn jemand einen Theil ſeines Vermögens mortis cauſa verſchenkt, und dadurch den Pflichttheil ſchmälert: ſo ziehen die Erben von der Schenkung ſo viel ab, als der Pflichttheil erfordert. *Wiſſenbach* ad Cod. lib. 5. tit. 29. *Harpprecht* de iure deducendi duas quartas, n. 640. 641. 671. in diſſ. acad. vol. 1. p. 524. et 527. Verſchenkt aber Jemand ſein ganzes Vermögen inofficioſe: ſo wird die Schenkung durch die querelam inofficioſae donationis umgeſtoſſen. *Voet*. ad Pand. tit. de m. c. donat. §. 40. *Stryk* uſ. mod. eod. tit. §. 4. und ich ſehe nicht ein, wie man dieſe Klage auf die donationes inter vivos ganz allein einſchränken kann, welches *Perez* ad Cod. lib. 3. tit. 29. n. 3. *Lauterbach* diſſ. de inofficioſa donatione theſ. 25. in diſſ. collect. vol. 2. p. 1368. *Rau* diſſ. de querela inofficioſ. donat. §. 3. p. 11. und Schmidt Lehrbuch von Klagen, §. 554. thun.

(3) Einen hieher gehörigen Fall hat Strube am a. O. 4. Th. 460. S.

(4) *Struv*. Ex. 39. th. 15. ibique *Müller*. *Schilter* Ex. 43. th. 20. ſqq. *Vinn*. ad §. 2. I. h. t. n. 7. *Walch* controv. pag. 301. Anderer Meynung ſind *Strauch* diſſ. ad ius Iuſtin. diſp. 8. th. 26. *Schlitte* diſſ. cit. cap. 2. §. 22. *Cocceii* ius controv. h. t. qu. 10. Man ſehe auch *Schilter* Ex. 43. th. 20. ſqq. *Dietmar* diſſ. de donat. inter vivos revocabili et m. c. irrevocab. (Ien. 1759.) §. 16.

(5) *Hotomann* amicab. reſponſ. lib. 1. cap. 12. *Lycklama* ſtudioſor. libr. pag. 54. ſqq. *Iac. Gothofred*. ad Cod. Theodoſ. lib. 8. tit. 13. leg. 3. tom. 2. pag. 657. ſqq. edit. *Ritter*. *Hub. Giphan*. in lectur. Altorph. p. 244. ſqq. *Schelhorn* diſſ. de inopinata donationum ob ſupervenientiam liberorum revocatione, (Goett. 1749.) §. 11. ſqq.

(6) *Cuiac*. lib. 20. obſ. 5. *Rebhan* paralipom. Meierian. ſ. quaeſt. iur. ſelect. ad coll. iur. Argentor. fol. 326. *Struv*. Ex. 40. th. 16. ibiqe *Müller* lit. γ. cum allegatis DD. *Lauterb*. coll. theor. pr. h. t. §. 53. *Wernher* tom. 2. part. 10. obſ. 371. pag. 669. *Pufendorf* tom. 3. obſ. 157. Knorre rechtl. Abhandl. und Gutachten, num. 21.

(7) *Tiraquell* ad L. 3. C. de revoc. donat. fol. 99.

(8) *Stryk* de cautel. contract. ſect. 3. cap. 9. §. 8. *Leyſer* ſp. 494. med. 5.

§. 413. Fortſetzung.

Wenn ich einem etwas unter den Lebendigen ſchenke: ſo bekommt er bey meinen Lebzeiten ein Recht darauf, und in den meiſten Fällen kann er auch verlangen, daß ich ſchon bey meinem Leben ihm das Geſchenk wirklich gebe oder auszahle. Ich leide alſo Schaden, vermindere mein Vermögen und bekomme nichts dafür. Aus dieſem Grund kann 1) Niemand ſchenken, als wer die freye Diſpoſition über ſein Vermögen hat. Ein Pupill und Minderjähriger können alſo nichts verſchenken; eben ſo wenig ein tutor, curator, oder ein anderer Verwalter fremden Vermögens. Ein filius familias kann von ſeinem peculio adventitio regulari nichts verſchenken, wohl aber von ſeinem caſtrenſi, quaſi caſtrenſi oder adventitio irregulari.

2) Ehe-

2) Ehegatten sind nicht befugt, einander inter vivos zu schenken (*1). In den allegirten Gesetzen wird zum Grund angeführt: a) ein Ehegatte möchte dem andern durch verstellte Liebkosungen (mutuato, d. i. fictitio amore) (*2) das Vermögen abschwätzen, und ihn an den Bettelstab bringen. b) Ein eigennütziger Ehegatte würde dem andern übel begegnen, sich wohl gar von ihm scheiden, (denn bey den Römern waren die Ehescheidungen sehr leicht; §. 129.) wenn ihm der andere keine Geschenke machen wollte; man würde also Friede und Eintracht in der Ehe durch Geschenke erkaufen müssen (venalitia essent matrimonia). c) Die Ehescheidungen werden aber ein grosses Hinderniß in der Erziehung der Kinder seyn (non esset studium educendi, d. i. educandi liberos) (*3). Indessen bemerke man 1) nicht alle Schenkungen unter den Ehegatten sind verboten, sondern nur diejenige, die von einiger Beträchtlichkeit sind, und wodurch der Schenkende ärmer, der Beschenkte hingegen reicher wird. Kleinigkeiten können Ehegatten einander schenken. 2) Die Schenkungen der Eheleute sind nicht schlechterdings null (*4); sondern man muß folgende drey Fälle unterscheiden: a) wenn beyde Ehegatten noch leben; b) wenn der Beschenkte mit Tod abgegangen; c) wenn der Schenkende gestorben ist. Im ersten Fall kann der Schenkende die Donation wiederrufen, im zweyten wird die Schenkung von selbst (ipso iure) nichtig, und ist keine Wiederrufung nöthig (*5); im dritten aber ist die Schenkung giltig; der Tod des Schenkenden hat sie dergestalt bestätigt, daß sie von dem Erben nicht wiederrufen werden kann (*6).

3) Eine Schenkung, welche sich über 500 solidos belauft, muß bey der Obrigkeit angezeigt, und von ihr protocollirt werden, *actis insinuanda est* (*7).

Ich habe hierbey mancherley zu bemerken. a) Der solidus war eine Goldmünze, die sich zum Ducaten wie $1\frac{1}{3}$, zu 1. verhält (*8). Wenn also der Ducat 5 fl. gilt: so sollte man den solidum zu 6 fl. 40 kr. annehmen. Aber in der Praxis wird er zu einem Ducaten gerechnet (*9). b) Was ist die Raison dieser Verordnung? Einmal, daß die Bürger nicht unbedachtsamer Weise grosse Summen verschenken sollen. Denn während der Zeit, als der Schenkende in das Gericht geht, und die Schenkung anzeigt, kann er die Sache überlegen. Fürs andere, daß die Schenkung destowenigerm Zweifel unterworfen, und desto leichter zu erweisen sey. c) Eine Schenkung, die sich über 500 solidos belauft, und nicht gerichtlich protocollirt ist, ist nicht ganz ungiltig, sondern nur in so weit sie diese Summe übersteigt. Z. E. wenn ich einem 600 solidos ausser gerichtlich geschenkt habe: so muß ich ihm 500 bezahlen, und nur in Ansehung der letztern Hundert ist die Schenkung ungiltig. d) Daß die Obrigkeit eine Untersuchung anstelle, ehe sie die Schenkung protocolliret, ist nicht nöthig (*10). e) Viele behaupten, daß bey remuneratorischen

Schen-

Schenkungen die Insinuation nicht erforderlich sey, aber ohne Grund, denn die Raison des Gesetzes trit auch bey ihnen ein (* 11).

(1) Wer Lust hat die Geschichte dieses Artikels, wovon sich freylich nicht viel gewisses sagen läßt, zu lesen, der s. *I. H. Boehmer* diss. de statu donat. inter vir. et uxor. antiquo et hodierno in Ex. ad P. tom. 4. und *Zachar. Richter* diss. de oratione Antonini de donat. inter vir. et uxor. confirmandis Lips. 1759. *Henr. Io. Otto Koenig* diss. vicissitudines iuris rom. circa donat. inter vir. et uxor. Hal. 1771. Die Hauptschrift über die Schenkungen der Ehegatten ist *Scip. Gentilis* tract. de donat. inter vir. et uxor.
(2) *Brencmann* in not. ad L. 1. cit. in edit. corp. iur. *Gebauer.*
(3) *Boehmer* diss. cit. §. 25.
(4) *Godofr. Lud. Mencken* iun. diss. de donat. inter vir. et ux. non ipso iure nullis, in opusc. n. 18.
(5) L. 32. §. 14. D. de donat. inter vir. et ux. L. 8. D. de reb. dub.
(6) L. 32. §. 2. D. L. 25. Cod. de don. int. vir. et uxor.
(7) Man s. von dieser Materie *Io. Christ. Spitz* diss. iura donationum inter vivos historice explicata. Erf. 1769.
(8) *Eisenschmidt* de ponderibus et mensuris veterum, pag. 35. et pag. 140.
(9) v. Cramer Wetzl. Beytr. 1. Th. num. 33. *Pufendorf* tom. 1. obs. 17. Estors Proceß 3. Th. §. 301. u. f. f.
(10) *Pufendorf* tom. 4. obs. 121.
(11) *Idem* tom. 1. obs. 18.

§. 414. Regeln von der Schenkung von Todteswegen.

Die Schenkung von Todteswegen schwankt zwischen Vertrag und letztem Willen. Sie kommt nemlich mit einem letzten Willen in folgenden Stücken überein:

1) Muß einer, welcher m. c. schenken will, testamenti factionem haben, d. i. befugt seyn, ein Testament zu machen. Es giebt nemlich Personen, welche zwar durch Verträge über ihr Vermögen disponiren, aber doch kein Testament machen können, z. E. Apostaten, welche von der christlichen Religion zur jüdischen, mahomedanischen übergehen. S. den 12ten Titel dieses Buches. Diese können nicht mortis causa schenken (* 1). Eine Ausnahme ist bey den filiis familias; denn sie können mortis causa schenken, wenn es ihnen der Vater erlaubt, aber ein Testament können sie nicht machen. (§. 466.) (* 2).

2) Muß die donatio m. c. vor fünf Zeugen geschehen (* 3). Dieß ist bey letzten Willenserklärungen, worin kein directer Erbe ernennt wird, der Regel nach erforderlich, bey Verträgen aber nicht. Die Zeugen müssen auch alle auf einmal (simul et uno actu) zugegen seyn (* 4).

3) Nur solchen Personen kann man von Todteswegen schenken, welchen man etwas in einem letzten Willen hinterlassen kann. In dem 14ten Titel dieses Buches werden wir die Personen kennen lernen, die aus einem letzten

Willen

Willen nichts bekommen können. Allen diesen kann man auch mortis causa nichts schenken.

4) So wie man einen letzten Willen in jeder Stunde wiederrufen kann: so kann auch ein donator mortis causa seine Schenkung revociren, sobald sie ihn reuet. Daher können Ehegatten einander mortis causa schenken; daher bedarf die donatio m. c. keiner gerichtlichen Insinuation; daher kann auch ein Minderjähriger m. c. schenken, und hat nicht einmal den Consens seines Curators nöthig (* [5]). In dem Fall, wenn ich einem etwas mortis causa in Rücksicht auf eine gewisse Lebensart schenke; z. E. ich schenke dir auf den Fall, wenn ich in dem heutigen Treffen bleibe, meine Equipage: so ist die Schenkung von selbst, auch ohne Revocation, ungiltig, sobald ich in dieser Gefahr nicht umkomme. §. 1. I. h. t.

5) Wenn ich einem etwas in einem letzten Willen hinterlasse: so ist erforderlich, daß er mich überlebt. Stirbt er vor mir: so können seine Erben nichts verlangen. Eben dieses ist auch Rechtens bey der donatione m. c.

Die Schenkung von Todteswegen hat aber auch etwas mit den Verträgen gemein, und geht von den letzten Willensdispositionen a) darin ab, daß sie acceptirt werden muß. Die Gesetze, welche die Acceptation in der Schenkung erfordern, reden allgemein, und wenn keine Acceptation bey der donatione m. c. erfordert würde: so wäre sie ein bloser letzter Wille (* [6].) Wenigstens ist in der Praxis die Sache ausgemacht (* [7]). b) Bey einer donat. m. c. kann man sich verbindlich machen, sie nie zu revociren, welcher Vertrag bey einem letzten Willen ungiltig wäre. (§. 409. Not. 3.) (* [8]). c) Daß ihre Giltigkeit nicht von der Antretung der Erbschaft abhängt. Wenn nemlich der Testamentserbe die Erbschaft nicht antrit: so gehen die Vermächtnisse zu Grund, (§. 522.) aber die donationes mortis causa nicht; d) daß der donatarius m. c. nur zur Zeit, wo der Schenker stirbt, fähig seyn darf, ein solches Geschenk zu erwerben, ein Erbe und legatarius hingegen müssen zur Zeit der Testamentserrichtung, und zur Zeit des Absterbens fähig seyn. (§. 482.) (* [9]).

(1) Ulpian sagt in der L. 7. §. ult. de donat. ausdrücklich: qui habent castrense peculium, vel quasi castrense, in ea conditione sunt, ut donare, et mortis causa et non mortis causa possint, cum testamentifactionem habeant. Ein Taubstummer kann Verträge schließen, aber doch nicht mortis causa schenken. L. 10. C. qui testam. fac. poss. (VI. 22.) Wahr ist es, daß Marcian in der L. 25. D. de m. c. don. sagt: tam is, qui testamentum facit, quam qui non facit, mortis causa donare potest. Filius familias, qui non potest facere testamentum, nec voluntate patris, tamen mortis causa donare patre permittente potest. Allein er will offenbar weiter nichts damit sagen, als es giebt Personen, die nicht testiren, und doch m. c. schenken können, nemlich die filii familias. S. *Voorda* interpret. lib. 3. cap. 19. Uebrigens behaupten andere, z. E.

Lauterbach diss. cit. th. 21. 22. *Cocceii* iur. controv. l. c. qu. 2. daß die testamentifactio nicht erforderlich sey, um m. c. schenken zu können.

(2) Die Ursache, warum filii familias nicht testiren können, ist ganz allein diese, weil die zwölf Tafelgesetze sagten: *pater familias* uti legassit &c. Da es aber unvernünftig wäre, einem filio familias die m. c. Donation zu verbieten, wenn sein Vater nichts dagegen hat: so zog man das Gesetz auf dergleichen Schenkungen nicht. Bey den übrigen Personen, welchen die Testamentserrichtung verboten ist, treten andere Ursachen ein, und zwar solche, die ebensowohl auf die donationes m. c. als auf die Testamente passen.

(3) *Lauterbach* diss. de donat. m. c. th. 6. seqq. Auch heutigestags. *Pufendorf* tom. 4. obs. 260.

(4) *Cocceji* in jur. controv. tit. de mort. caus. donat. qu. 4.

(5) *Idem* l. c. qu. 5. *Lauterb.* l. c. thes. 19.

(6) *Voorda* interpret. lib. 3. cap. 19. Indessen lassen sich auch viele Gründe dagegen anführen, welche *Ludewig* diss. cit. differ. 3. und *Io. Tob. Richter* diss. de acceptatione in donat. m. c. non necessaria, Lips. 1744. gesammelt haben. S. auch *Püttmann* progr. de mortis causa donatione, absente licet et ignorante donatario facta, iure valida, Lips. 1787.

(7) *Stryk* us. mod. tit. de mort. caus. donat. §. 1. *Mev.* part. 6. dec. 331. et 333. *Boehmer* consult. et decis. tom. 2. part. 1. resp. 752. n. 17. *Leyser* spec. 438. med. 5. Man s. auch *Dan. Fabri* diss. de legatorum et mortis causa donationum differentiis, Goett. 1763. in der ich aber Gründlichkeit sehr vermisse.

(8) Ob durch dergleichen Vertrag die donat. mortis causa ihre Natur völlig verliere, und zu einer donatione inter vivos werde ist sehr bestritten. Ich halte es nicht dafür. Man s. *Hunn.* resolut. lib. 2. tract. 4. qu. 2. *Branchu* observat. dec. 1. cap. 4.

(9) *Vinn.* h. t. §. 1. n. 3.

§. 415. Klagen des donatarii.

Die Klagen, welche ein donatarius inter vivos anstellen kann, sind 1) *actio ex stipulatu.* Diese hatte in dem Fall statt, wenn die Schenkung durch feyerliche Worte (per stipulationem) geschehen war. 2) *Condictio ex L.* 35. §. *ult. Cod. de donat.* Sie wird angestellt, wenn die Schenkung mit gemeinen Worten ohne Stipulation erklärt worden ist. Ein donatarius mortis causa kann dieselbe Klagen anstellen, die einem legatario zustehen. Diese sind aber, wie wir unten §. 585. hören werden, *rei vindicatio*, *actio hypothecaria*, und *actio personalis ex testamento* (*[1]).

(1) Diese letztere Klage kann indessen der donatarius nur in dem Fall anstellen, wenn die Schenkung im Testament angeführt ist. S. vorzüglich *Voorda* l. c. p. 326. sqq.

§. 416. Von der donatione propter nuptias.

Eine besondere Gattung der Schenkung ist *donatio propter nuptias.* Der Ehemann, oder jemand anderst in dessen Namen, macht sie der Ehefrau, daß sie davon im Fall der Noth während der Ehe mit dem Mann, und der Familie

milie leben, auch in gewissen Fällen die geschenkte Sache erben soll. Nemlich als in Rom der Luxus sehr einriß, und dadurch viele Familien ruinirt wurden: so suchten sich die Eheweiber durch donationes propter nuptias zu helfen. Der Ehemann setzte nemlich 1) der Frau eine Sache, z. E. ein liegendes Gut aus. Diese administrirte er zwar, aber er konnte sie nicht perpfänden und nicht veräussern. Wenn er also verarmte: so genoß die Frau die Einkünfte dieser Sache, und konnte sich, den Mann und die Kinder zur Noth davon ernähren. 3) Wurde die Ehe getrennt: so fiel die Sache an den Mann oder dessen Erben zurück; ausgenommen a) wenn in den Ehepacten festgesetzt war, daß die Frau sie behalten sollte; b) wenn Kinder in der Ehe gezeugt worden, und noch am Leben waren; c) wenn eine Ehescheidung geschah, woran der Ehemann Schuld hatte. Wenigstens ist dieß die Vorstellungsart, die ich für die richtigste halte, und welche die angeführte Schriftsteller mit Gründen unterstützen. Heutigestages ist die Römische donatio propter nuptias ganz auffer Mode (* 1).

(1) *Schilter* Ex. 36. th. 86. *Thomasius* in not. h. t. *Christ. Gottfr. Hofmann* Diss. de diff. iur. rom. et germanici in doctr. de donat. p. n. §. 6.

TIT. VIII.

QUIBUS ALIENARE LICET, VEL NON.

§. 417. Inhalt des gegenwärtigen Titels.

Das Eigenthum ist ein Recht, über eine Sache nach Gefallen zu disponiren. (§. 287.) Der Eigenthümer ist also auch befugt, seine Sache einem andern zu überlassen, oder kurz, sie zu veräussern (* 1). Wer hingegen nicht Eigenthümer der Sache ist, kann auch keinen andern zum Eigenthümer machen; kurz, er kann die Sache nicht veräussern. Indessen giebt es a) Fälle, wo der Eigenthümer nicht veräussern kann; b) Fälle, wo einer, welcher nicht Eigenthümer ist, doch befugt ist, die Sache zu alieniren. Diese beyde paradox klingende Sätze, wie sie Theophilus in seiner Paraphrase nennt, (man sehe oben §. 8.) werden im gegenwärtigen Titel vorgetragen.

(1) Veräussern, *alienare*, heißt, einem Recht, es sey nun in re oder ad rem, zum Vortheil eines andern entsagen. Zuweilen wird die Verpfändung auch eine alienatio genennt, weil sie ein Schritt zur Veräusserung ist. In eigentlichem Verstand aber heißt Veräusserung eine Handlung, wodurch man das Eigenthum einer Sache auf einen andern überträgt. L. 1. C. de fundo dot. (V. 23.)

§. 418. Von der Veräusserung der Brautgabe.

Der erste Fall, wo der Eigenthümer nicht veräussern kann, findet sich

bey der Brautgabe. (S. die 26. Tabelle) Wenn nemlich eine Frau ihrem Mann Brautschatz zubringt, und die Frage entsteht: was der Mann darauf für Rechte habe? so unterscheide man folgende Fälle: 1) der Brautschatz besteht in beweglichen Dingen, Geld, Hausrath, Kleidung u. d. gl. In diesem Fall ist der Mann völliger Eigenthumsherr, und kann darüber nach Gefallen disponiren (* 1). 2) Die Brautgabe besteht in unbeweglichen Gütern, Haus, Aeckern, Wiesen, u. d. gl. Jetzt muß man distinguiren, entweder a) sind diese Dinge zu einem gewissen Preis angeschlagen, oder b) nicht (* 2). Wenn das erste ist: so sind sie entweder dem Mann für den gesetzten Preis verkauft (aestimatio facta est venditionis causa), so, daß es von ihm abhängt, was er will, die Sache selbst oder den Preis zurück zu geben (* 3); oder die Sache wird nur zu dem Ende angeschlagen, daß man dereinst, wo es nöthig ist, den jetzigen wahren Werth wissen könne; (aestimatio facta est taxationis causa.) Wenn die Dotalsache dem Mann für einen gewissen Preis verkauft worden ist: so ist er ebenfalls völliger Eigenthumsherr, und kann darüber nach Belieben schalten. Ist aber die Sache gar nicht angeschlagen worden, oder die Aestimation ist nur taxationis causa geschehen: so ist der Ehemann nur ein unvollkommener Eigenthumsherr; er ist, wie die Juristen sagen, nur dominus *civilis* (* 4) des eingebrachten; die Ehefrau hat das dominium *naturale* (* 5). Das, heißt der Ehemann zieht alle Nutzungen des Brautschatzes, er kann ihn aber der Regel nach weder verpfänden, noch veräussern. Schon lex Iulia de adulteriis verordnete, der Mann sollte ein Grundstück in Italien nicht gegen den Willen der Frau veräussern, auch nicht einmal mit ihrer Einwilligung verpfänden; also a) ein Gut in den Provinzen konnte er veräussern und verpfänden; b) die Veräusserung galt, wenn die Frau consentirte, die Verpfändung aber nicht. Der Gesetzgeber glaubte, es sey leicht eine Ehefrau zum Consens in die Verpfändung zu bereden; aber nicht so leicht in die Veräusserung. c) Nach Justinians Verordnung aber darf der Mann kein Dotalgrundstück, es liege, wo es wolle, die Ehefrau consentire oder nicht, weder veräussern, noch verpfänden, wenn es ihm, (wie wir vorhin gehört haben) nicht entweder a) für einen gewissen Preis verkauft, oder b) die Alienation nothwendig, oder c) der Ehefrau nützlich ist. Wenn also die Frau mit den Kindern Hunger leidet, und kein anderes Rettungsmittel vorhanden ist; so kann fundus dotalis alienirt werden (* 6).) Auch ist die Alienation giltig, wenn sie nützlich, wenn z. E. der Kaufschilling zum Ankauf eines einträglichern Grundstückes verwendet wird.

(1) Ein Irrthum ist es, wenn einige diesen Satz auf solche Dinge einschränken wollen, die sich nicht halten. *Vinn.* ad pr. h. t. n. 1.

(2) Der Anschlag der Dotalstücke hat für den Ehemann die sehr nachtheilige Wirkung,

kung, daß er den Schaden, welche dieſe Sachen durch den Gebrauch oder auf andere Art leiden, erſetzen muß. Aeſtimatae res, uſu etiam mulieris, periculo viri deteriores efficiuntur, ſagt Hermogenian L. 51. ſolut. matrim. *Fineſtres* ad Hermogenian. p. 522. ſqq.

(3) Dieſes aber wird im Zweifel nicht vermuthet, wie Strube in ſ. rechtl. Bed. 2. Band 83. Bed. gegen Huber zeigt.

(4) Von der Beſchaffenheit und den Wirkungen dieſes Eigenthums ſ. *Brenckmann* de evremat. c. 5. Eine Hauptſchrift in dieſer Materie iſt *Scip. Gentilis* tract. de aeſtimatione rerum in dotem datarum, der ſeinen Tractaten de bon. matern. et de ſec. nupt. (Hanau 1606. 8.) beygedruckt iſt.

(5) In vielen Geſetzſtellen wird dem Mann, in vielen andern der Frau das Eigenthum des Eingebrachten zugeſchrieben. Die mancherley Vereinigungen dieſer Stellen führt *Vinn.* l. c. n. 2. an. Die ſimpelſte und natürlichſte iſt dieſe: der Mann iſt entweder nur ein unvollkommener Eigenthümer, oder, wenn auch ſein Eigenthum vollkommen iſt, ſo iſt es doch wiederruflich. In dieſer Rückſicht kann man alſo ſagen, daß auch der Frau das Eigenthum der Dotalſache zuſtehe.

§. 419. Veräuſſerung der Güter, welche Minderjährigen gehören.

Der zweyte Fall, wo ein Eigenthümer nicht veräuſſern kann, kommt bey den **Pupillen und Minderjährigen** vor. Dieſe ſind nemlich Eigenthümer ihres Vermögens; indeſſen können ſie nichts alieniren, weil ſie die freye Verwaltung ihres Vermögens nicht haben. Daraus folgt 1) ſie können kein Darlehen geben; 2) ſie können keine Zahlung annehmen; 3) ſie ſind auch nicht befugt Zahlung zu leiſten. Wir wollen dieſe Sätze nach der Reihe überlegen.

Alſo der erſte war: **Ein Pupill und Minderjähriger iſt nicht befugt, vom Seinigen ein Darlehen zu geben**, z. E. Geld auszuleihen. Denn wer ein Darlehen giebt, der veräuſſert etwas, wie wir unten (§. 766.) ſehen werden. Geſetzt aber, ein ſolcher giebt dennoch ein Darlehen, was iſt alsdann Rechtens? Man diſtinguire, entweder iſt die dargeliehene Sache noch vorhanden, oder ſie iſt conſumirt (* 1). Im erſten Fall vindicirt ſie der Vormund von jedem Beſitzer, im zweyten ſtellt er eine Perſonalklage gegen den Empfänger an, daß er eine Sache von gleicher Qualität und Quantität zurückgeben ſoll. Iſt die Conſumtion bona fide geſchehen, das heißt, der Schuldner hat das Darlehen genommen, ohne zu wiſſen, daß der Glaubiger noch minorenn ſey: ſo hat condictio ſine cauſa ſtatt (* 2). Hat aber der Schuldner die geliehene Sache mala fide conſumiret: ſo kann er nicht allein condictione ſine cauſa, ſondern auch actione ad exhibendum belangt werden. Dieſe letzte Klage iſt dem Kläger vortheilhafter, als die erſte; denn bey der letzten hat das iuramentum in litem ſtatt, das heißt, der Kläger iſt befugt, allen erlittenen Schaden eidlich zu taxiren.

Der zweyte Satz hieß: **einem Pupillen und Minderjährigen darf man nichts bezahlen**; denn wer ſich bezahlen läßt, verliert ſeinen Anſpruch, er alienirt alſo. Dazu kommt, daß zu befürchten iſt, der Pupill und Min-

derjährige werden das, was ihnen bezahlt wird, übel anwenden, verschwenden, verlieren, u. s. w. (* 3). Wenn ich also dergleichen Personen zu bezahlen habe, und bezahle a) ihnen allein, ohne den Vormund: so ist die Zahlung null und nichtig, und ich muß zum zweytenmal bezahlen, wofern der Minderjährige das gezahlte verschwendet. Wenn ich aber auch b) mit Vorwissen des Vormundes zahle: so bin ich noch nicht vollkommen sicher. Die Zahlung ist zwar ipso iure giltig; aber wenn der Vormund das bezahlte nicht zum Besten des Pflegbefohlnen verwendet: so kann sich der Pflegbefohlne in integrum restituiren lassen, und ich muß noch einmal zahlen (* 4). Will man also ganz sicher gehen: so muß man c) sich von der Obrigkeit einen Zahlungsbefehl geben lassen, und nun dem Vormund zahlen. Denn in diesem Fall ist man vollkommen gesichert (debitor pleniſſime liberatus est). Zinsen kann man dem Vormund allein anvertrauen ohne obrigkeitlichen Zahlungsbefehl, wenn sie nicht von mehr als zwey Jahren rückständig sind, und die Summe von 100 solidis nicht übersteigen (* 5). Nach unserer heutigen Praxis wird das gerichtliche Zahlungsdecret nur alsdann erfordert, wenn der Schuldposten zweifelhaft und ungewiß ist. Ausser dem kann man dem Vormund auch ohne Decret zahlen (* 6).

Der dritte Satz endlich war: **ein Pupill und Minderjähriger kann nichts bezahlen.** Zahlt er etwas, das er nicht schuldig war: so stellt der Vormund rei vindicationem, oder condictionem indebiti an: rei vindicationem, wenn die Sache noch vorhanden, condictionem indebiti, wenn sie consumirt ist. Zahlt aber der Minorenne oder Pupill etwas, das er zu zahlen schuldig war, und es ist consumirt: so findet keine Klage statt. Ist es noch vorhanden: so kann eine Rei Vindication angestellt werden, wenn anderst der Pupill oder Minderjährige einen Vortheil dabey hat; z. E. weil das Geld vor dem Termin bezahlt worden ist, an dem es der Pupill zu zahlen schuldig war. (S. die Tabelle zu diesem Abschnitt).

(1) Die dargeliehene Sache ist consumirt 1) wenn sie verzehrt, z. E. der geliehene Wein getrunken ist. 2) Wenn sie in eine andere Gestalt gebracht ist, und zwar so, daß man sie nicht wieder in die alte Form bringen kann. 3) Wenn sie der Empfänger mit seiner Sache vermischt hat. *Vinn.* ad §. 2. h. t. n. 2.

(2) Die meisten Rechtsgelehrten sagen: condictio *ex mutuo* werde angestellt. Allein man s. *Rittershuſ.* h. t. §. 218.

(3) Dunkel ist die hieher gehörige Stelle im Text §. 3. At ex contrario omnes res pupillo et pupillae sine tutoris auctoritate recte dari possunt. *Ideoque* si debitor pupillo solvat, necessaria est debitori tutoris auctoritas. (Der zweyte Satz folgt nicht aus dem ersten, sondern ist vielmehr eine Ausnahme desselben. Man muß also statt *ideoque* lesen *alioqui*). Sed hoc etiam evidentissima ratione statutum est in constitutione, quam — promulgavimus, qua dispositum est, *ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem* solvere, ut prius iudicialis senten-

sententia, *sine omni damno celebrata*, hoc permittat. Einem Schuldner des Pupillen ist erlaubt, dem Tutor oder Curator zu bezahlen, wenn er durch einen obrigkeitlichen Befehl, wofür keine Sporteln bezahlt werden sollen, dazu angewiesen wird.

(4) Dieser Satz ist ausser Zweifel, wenn der Vormund sich eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen läßt, aber bestritten, wenn das Geld durch einen Unglücksfall verlohren geht. Strube rechtl. Bed. 3. Th. 117. S.

(5) *Born* diss. de solutione pupillis ac minoribus, et ab iis tuto facienda in collect. dissert. n. 2.

(6) *Hellfeld* ad Pand. tit. de solut. §. 1931. not. d.

§. 420. Von der Veräusserung des Pfandes.

Zuweilen ist jemand nicht Eigenthümer, und kann doch veräussern. Dahin gehört 1) der **Pfandglaubiger.** Wenn ich einem eine Sache verpfände: so ist meine Absicht, ihm Sicherheit wegen seiner Forderung an mich zu geben. Er ist daher, im Fall, daß ich nicht zu rechter Zeit zahle, (in mora bin, wie die Juristen reden), befugt, das Pfand zu verkaufen. Doch sind dabey folgende Regeln zu bemerken.

1) Wenn **ausdrücklich** ausgemacht ist, daß der Glaubiger bey unterbleibender Zahlung das **Pfand solle verkaufen können:** so kann er zu diesem Verkauf schreiten, sobald der Zahlungstermin verstrichen ist, ohne vorher es dem Schuldner zu denunciiren. Denunciiren nemlich heißt hier, dem Schuldner bekannt machen, daß er bezahlen solle, widrigenfalls man das Pfand verkaufen werde. Dieß ist wenigstens die richtigste Meynung (*1); wiewohl Vinnius (*2) glaubt, daß man auch in diesem Fall dem Schuldner den vorhabenden Verkauf des Pfandes bekannt machen müsse.

2) Wenn ausgemacht wäre, daß **der Glaubiger das Pfand nicht solle verkaufen:** so gilt zwar dieser Vertrag nicht nach dem Buchstaben, denn er ist dem Wesen des Pfandrechts entgegen (*3). Aber er hat doch die Wirkung, daß der Glaubiger nicht eher zum Verkauf des Pfandes schreiten darf, als bis er es dem Schuldner dreymal denunciiret hat. Diese drey Denunciationen dürfen auch nicht zu kurz auf einander folgen, sondern es muß zwischen der einen und der andern ein nach dem Ermessen des Richters hinlänglicher Zeitraum verstreichen (*4).

3) Wenn gar nichts über den Verkauf des Pfandes ausgemacht ist: so muß der Glaubiger dem Schuldner den Verkauf denunciiren, und wie unser Autor glaubt, nach der Denunciation noch zwey Jahre warten, ehe er das Pfand verkaufen darf. Aber diese Meynung ist noch zweifelhaft (*5), und in der Praxis wird sie gar nicht befolgt (*6). In allen Fällen übrigens, wo der Glaubiger ein Pfand verkauft, muß er es öffentlich und *bona fide* thun. Oeffentlich, der Glaubiger nemlich muß das Pfand durch einen öffentlichen

Anschlag,

Anschlag, Ausruf, Intelligenzblatt u. d. gl. feilbieten lassen (proscribere pignus). Bona fide, das heißt, er muß das Pfand um einen billigen Preis verkaufen, es nicht wegschleudern. Allein gesetzt, er findet niemand, der ein billiges Gebot darauf thut. In diesem Fall muß a) die Denunciation wiederholt, oder ein gerichtlicher Zahlungsbefehl gesucht werden. b) Der Glaubiger muß sich unmittelbar an den Landesherrn wenden; c) dieser spricht dem Glaubiger das Pfand gegen einen festgesetzten billigen Preis (pro pretio taxato) eigenthümlich zu; doch behält d) der Schuldner die Erlaubniß, es binnen zwey Jahren einzulösen. Heutigestages ist diese impetratio dominii a Principe gar nicht gewöhnlich. Wenn der Glaubiger das Pfand nicht anbringen kann: so läßt er es gerichtlich taxiren und sich zuschlagen (*7).

Die Note sagt: man muß das pactum de alienando pignore nicht mit dem pacto commissorio verwirren. Jenes ist erlaubt, weil es dem Glaubiger ein Recht giebt, welches ohnehin schon aus der Natur des Pfandcontracts fließt. Der Schuldner leidet auch keinen Schaden durch diesen Vertrag. Wenn das Pfand verkauft wird: so muß der Glaubiger vom Kaufschilling seine Foderung abziehen, und den Rest an den Schuldner zurück zahlen. Aber das pactum commissorium ist der Vertrag, wodurch festgesetzt wird: **das Pfand solle verfallen seyn, wenn der Schuldner nicht zur gesetzten Zeit zahle** (*8). Dieses pactum ist verboten (*9), weil der Schuldner grossen Schaden dadurch leiden kann.

(1) *H. Pistor* lib. 3. quaest. 18. n. 2. *Franzk.* ad Pand. tit. de distract. pign. n. 26. *Lauterb.* coll. th. pr. eod. tit. §. 6.

(2) *Vinn.* ad §. 1. h. t. n. 1.

(3) Einige, z. E. *Herm. Cannegieter* obs. iur. rom. lib. 2. cap. 7. p. 69. sqq. glauben, daß in diesem Fall das Pfand gar nicht verkauft werden dürfe; aber ihre Gründe überzeugen mich nicht, und L. 4. D. de pignorat. act. ist zu klar. S. auch *Oroz* tr. de apicibus iuris lib. 2. cap. 3. und *Püttmann* opusc. p. 109. sqq.

(4) *Vinn.* l. c. coll. iur. argentorat. tit. de distract. pign. th. 2. num. III. *Donellus* de pign. cap. 12. pag. 144. *Franzk.* ad Pand. dict. tit. n. 49.

(5) *Donellus* l. c. cap. 12. p. 346. *Voet.* ad Pand. tit. de distr. pign. §. 1. *Stryk* in us. mod. eod. tit. §. 7.

(6) *Brunnemann* ad L. ult. Cod. de iur. dom. impr. *Hopp* ad §. 1. I. h. t. *Stryk* l. c.

(7) *Mev.* P. 7. d. 310.

(8) Oder auch: der Glaubiger soll bey ausbleibender Zahlung die Sache für einen gewissen, schon im voraus bestimmten Preis, käuflich behalten; oder endlich: die Sache solle im Fall der unterbleibenden Zahlung für einen durch ordentliche Taxe alsdann erst zu bestimmenden Werh dem Glaubiger eigenthümlich verbleiben. Adolph Dietr. Webers Erörterung der Frage

Frage: wie weit erstreckt sich bey Verpfändungen das Verbot der legis commissoriae? Kiel 1784. §. 7. u. f. f.

(9) Von Constantin M. war es erlaubt. Erst dieser Kayser verbot es in der L. ult. C. de pactis pignorum. (VIII. 35.)

§. 421. Fälle, worinn der Vormund alieniren kann.

Auch der Vormund ist nicht Eigenthümer von dem Vermögen des Pupillen oder Minderjährigen, und doch kann er etwas davon veräussern. Nemlich 1) ist der Vormund zur Veräusserung befugt, wenn sie der Vater des Pflegbefohlnen verordnet hat. Z. E. der Vater sagt im Testament: mein Garten, weil er wenig einträgt, und viel zu unterhalten kostet, soll nach meinem Todt verkauft, und der Kaufschilling an einträglichere Grundstücke angelegt werden. In diesem Fall ist der Vormund für sich allein befugt, den Garten zu verkaufen. 2) Wenn eine Rechtsnothwendigkeit (necessitas iuris) der Veräusserung vorhanden ist. In gewissen Fällen nemlich nöthigen einen die Gesetze zur Alienation, und diese Nothwendigkeit heißt necessitas iuris; z. E. wenn ein Pupill ein Haus besitzt, welches der vorige Eigenthümer ihm oder seinen Vorfahren nur wiederkäuflich überlassen hat, und jener Eigenthümer nun den Wiederkauf ausüben will: so ist necessitas iuris zur Veräusserung vorhanden; der Vormund ist also befugt dazu. 3) Sachen, die sich nicht aufbewahren lassen, ohne zu verderben, (res, quae servando servari non possunt) Obst, Butter, Bier, u. d. gl. kann der Vormund veräussern. In allen andern Fällen aber 4) kann derselbe zu keiner Alienation schreiten, ohne die Obrigkeit. Wenn diese a) eine Untersuchung angestellt, die Alienation b) nöthig gefunden, und c) durch ein Decret erlaubt hat: so ist sie giltig, ausserdem nicht. S. oben §. 204. (3)

TIT. IX.

PER QUAS PERSONAS CUIQUE ACQUIRITUR.

§. 422. Durch wen kann man erwerben?

Ein Mensch kann auf dreyerley Art etwas erwerben: 1) durch sich selbst, 2) durch seine Sklaven, und 3) durch die Kinder, die in seiner väterlichen Gewalt sind. Von den beyden letzten Arten zu acquiriren handelt der gegenwärtige Titel.

§. 423. Von der Erwerbung durch Sklaven.

Also die erste Adquisition, von der wir zu reden haben, geschiehet durch Sklaven. Ein Sklav konnte nichts eigenes haben; alles, was er erwarb,

gehörte dem Herrn; doch mit dem Unterschied, daß er a) das Eigenthum einer Sache dem Herrn auch ohne dessen Wissen und Willen acquirirte; vorausgesetzt, daß der Sklav die Sache auf eine gerechte Art an sich gebracht hatte; b) die Possession aber nur, wenn der Herr darum wußte, und sie verlangte; c) eine Erbschaft nicht anderst, als wenn ihm der Herr einen speciellen Befehl gegeben hatte, sie anzutreten. Ich sage: das Eigenthum erwarb er dem Herrn auch ohne dessen Wissen und Willen; das heißt, wenn ich meinem Sklaven verbiete, eine Sache zu acquiriren, und er acquirirt sie demungeachtet; nun gefällt sie mir, und ich will sie haben: so ist sie mein. Die Possession erwirbt der Sklav nur dem Herrn mit dessen Wissen und Willen. Denn Possession ist eine Detention der Sache, verbunden mit der Absicht, sie zu behalten. (§. 281.) Besitz läßt sich also ohne Wissen und Willen nicht denken (*1). Endlich eine Erbschaft kann der Sklav nicht acquiriren, wenn nicht der Herr ihm zum voraus Specialbefehl giebt, daß er sie antreten soll. Denn man stelle sich vor, der Sklav wollte ohne einen solchen Befehl sich der Erbschaft anmassen, dem Herrn aber gefiel es nachher nicht, sie zu behalten. Wie unangenehm und nachtheilig würde das für die Erbschaftsglaubiger seyn! Da wir heutzutage wenig Sklaven in Deutschland haben: so haben diese Sätze einen sehr geringen practischen Nutzen. Auf Leibeigene passen sie gar nicht, weil diese sich selbst, und nicht dem Eigenthumsherrn acquiriren.

(1) Das Gegentheil, daß man ohne sein Vorwissen durch einen Sklaven den Besitz erwerben könne, scheint Justinian §. 3. h. t. zu verordnen. Allein man s. *Vinn.* ad d. §.

§. 424. Vom peculio der Sklaven.

Weil ein Römer oft eine grosse Menge Sklaven hatte, worunter auch solche waren, welche die Handlung verstanden: so gab er ihnen zuweilen ein Stück Geld, oder eine Quantität Waaren, um damit einen Handel zu treiben; dieß hieß *peculium*. Der Herr war von dem peculio Eigenthümer, so gut, als von seinem übrigen Vermögen; der Sklav aber hatte die Administration, eine freyere oder eingeschränktere, nachdem es dem Herrn beliebte. Er konnte es auch dem Sklaven ganz wieder abnehmen, wenn dieser den Handel nicht zu seiner Zufriedenheit führte.

§. 425. Von der Erwerbung durch die Kinder nach dem alten Römischen Recht.

Die zweyte Erwerbung durch andere ist die, welche man durch seine Kinder macht. Nach dem alten Römischen Recht gehörte dem Vater alles, was die Kinder erwarben; es war also zwischen Kindern und Sklaven in diesem Stück kein Unterschied. Oft gab ein Vater seinem Sohn aber auch Geld oder Wa-

Waaren, um damit zu handeln, und das hieß denn, wie bey den Sklaven, *peculium*. Damals also gab es bey den Kindern nur ein einziges peculium.

§. 426. Nach neuern Gesetzen.

Nach dem neuen Römischen Recht hingegen verhält sich die Sache ganz anders. *Peculium* heißt nemlich alles, was ein *filius* oder eine *filia familias* vom Vermögen des Vaters abgesondert besitzt; das heißt, was sie entweder dergestalt haben, daß es ihnen, und nicht dem Vater eigenthümlich gehört, oder was sie doch so besitzen, daß es nicht mit dem übrigen Vermögen des Vaters vermischt ist, sondern besonders verwaltet wird. Dieses peculium ist entweder *militare*, oder *paganum*; das *militare* entweder *castrense*, oder *quasi castrense*; das paganum entweder *professitium*, oder *adventitium*; dieses letztere entweder *ordinarium*, oder *extraordinarium*. (Man s. die 27ste Tabelle) (*1).

(1) Die Rechtsgeschichte der Peculien erzählen *Pufendorf* tom. 1. obs. 98. et tom. 4. obs. 153. *Rau* diss. historia iuris civilis de peculiis.

§. 427. Was ist peculium castrense?

Peculium militare heißt nemlich alles, was ein filius familias durch *militiam*, oder bey Gelegenheit derselben erwirbt, was er nicht würde erworben haben, wenn er nicht in militia gewesen wäre. Militia aber heißt bey den Römern nicht nur a) der Soldatenstand, sondern sie verstehen auch b) die Ausübung der freyen Künste und Wissenschaften, und c) alle öffentliche Aemter und Würden, insonderheit auch die Advocatur, darunter. Jenen, den Soldatenstand, nennen sie militiam *sagatam*; diese, das Studium der Wissenschaften und öffentliche Civilbedienungen militiam *togatam*. Hat der Sohn etwas im Soldatenstand, (militia sagata) oder bey Gelegenheit desselben erworben: so heißt es peculium castrense. Dahin gehört also die Beute, die er macht; was ihm von seinen Obern wegen seines Wohlverhaltens geschenkt wird; was ihm sein Vater zur Equipage giebt; eine Erbschaft und ein Vermächtniß, die er von einem Cameraden bekommt; selbst, wenn sein Bruder, der mit ihm bey einerley Corps dient, stirbt, und ihn in Rücksicht auf den Militärdienst zum Erben ernennt: so ist die Erbschaft ein peculium castrense. Endlich wenn er von dem Geld, das zum peculio castrensi gehört, (pecunia castrensi) etwas erkauft: so ist die erkaufte Sache auch ein peculium castrense.

Der Grund dieses letzten Satzes steht in der Note; das peculium ist eine universitas iuris, (§. 278.) bey universitatibus iuris aber gilt die Regel: res succedit in locum pretii, wenn ich Geld aus einer universitate iuris

nehme, und eine Sache dafür kaufe: so ist die Sache auch ein Theil der universitatis.

§. 428. Was ist quasi castrense?

Das peculium quasi castrense wird entweder a) durch die Wissenschaften, oder b) bey Gelegenheit derselben, oder c) in einem öffentlichen Amt erworben. Dahin gehört also a) was ein Advocat, Magister, Doctor, practischer Arzt durch die Wissenschaften erwirbt, was ein Beamter, Secretarius, Archivarius, Regierungsrath, Rentmeister, Cammerrath, Prediger, Professor u. s. w. an Besoldung oder Accidenzien bekommt. Wenn auch b) das Amt keine gelehrte Kenntnisse erfordert, wie z. E. das Amt eines Stall- Fecht- Tanz- Küchenmeisters u. s. w. so ist doch die damit verbundene Einnahme ein peculium quasi castrense. Endlich wenn auch c) die Wissenschaften, oder ein öffentliches Amt nur Gelegenheit zur Erwerbung einer Sache geben: so ist es ein peculium quasi castrense. Wenn z. E. ein Professor aus collegialischer Freundschaft den andern zum Erben einsetzt: so ist die Erbschaft ein peculium dieser Art. Auch was ein Vater seinem Sohn, welcher Doctor, Arzt, Advocat u. s. w. ist, in Rücksicht auf diese Würde schenkt, gehört dahin. Daß in allen diesen Fällen der Erwerber noch ein filius familias seyn müsse, versteht sich von selbst. Ob aber die Studierkosten, welche der Vater dem Sohn giebt, hieher zu rechnen sind? ist zweifelhaft. Cocceji (*1) und andere leugnen es; doch ist die bejahende Meynung der Rechtsanalogie gemässer (*2).

Unser Autor führt auch donata a Principe vel Augusta als Stücke des peculii quasi castrensis an. Mit dieser Sache hat es folgende Bewandniß. Wenn der Landesherr oder dessen Gemahlin einem filio familias etwas schenken, in Rücksicht auf den Militärstand, auf eine Civilbedienung, oder auf die Wissenschaften: so ist es peculium *militare*, castrense, oder quasi castrense. Hat aber das Geschenk eine andere Beziehung und Ursache: so soll es nach dem angeführten Gesetz als ein peculium *quasi militare* angesehen werden. Im Grund ist es ein peculium paganum, das Gesetz aber legt ihm die Rechte eines peculii militaris bey.

(1) *Cocceii* iur. controv. tit. de pecul. quaest. 1. *Stryk* ad *Lauterb.* eod. tit. voc. studiosos.

(2) *Schoepfer* in synopsi, dict. tit. n. 15. seqq. *Harpprecht* ad Inst. tit. de donat. §. 2. n. 6. *Stryk* de success. ab intest. diss. 11. cap. 3. §. 7.

§. 429. Was ist peculium profectitium?

Peculium paganum heißt ein jedes, das nicht durch die militiam, auch nicht bey Gelegenheit derselben acquirirt wird; und dieses ist entweder *profectitium*, oder *adventitium*. Profectitium heißt a) alles, was die Kinder vom Vater

Vater selbst bekommen, und was ihnen b) von einem andern, aber doch um des Vaters Willen zufällt (*1). Dahin gehört z. E. ein Landgut, das der Vater dem Sohn einräumt, um von den Einkünften zu leben; ein Waarenlager, das er dem Sohn abtrit, um damit zu handeln; wenn jemand, der vom Vater Dienste erhalten hat, dem Sohn ein Geschenk macht, u. s. w. Uebrigens muß man auch in allen diesen Fällen wieder voraussetzen, daß die Kinder in der väterlichen Gewalt sind und bleiben; denn sonst wäre das, was ihnen der Vater giebt, kein peculium.

(1) Dieß steht zwar ausdrücklich in keinem Gesetz, man schließt es aber aus den L. 21. et 22. D. de usufr. *Franzk.* resolut. lib. 2. cap. 27. *G. Beyer* themat. ex var. iur. Ex. 5. th. 4.

§. 430. Was ist adventitium?

Endlich peculium adventitium ist, was die Kinder nicht vom Vater, auch nicht in Rücksicht des Vaters erwerben. Dergleichen ist, was sie sich durch eigenen Fleiß und Arbeit verdienen: was sie von der Mutter oder von andern Personen erben; was sie von einem Dritten, und zwar nicht um des Vaters willen, geschenkt bekommen; was sie durch Finden (inventionem) acquiriren, u. d. g.

§. 431. Rechte des peculii militaris.

Nachdem wir die Gattungen des peculii kennen, wollen wir ihre verschiedene Rechte betrachten. Das peculium militare, sowohl castrense, als quasi castrense, hat grosse Vorzüge vor den übrigen. Der Sohn hat darüber ein vollkommenes Eigenthumsrecht, (plenum ius) das heißt: 1) er wird in Ansehung dieses peculii als ein pater familias angesehen; alle Dispositionen, die ein pater familias mit seinem Vermögen vornehmen kann, darf auch der Sohn über dieses peculium machen. Er kann also 2) nicht nur unter den Lebendigen durch Kauf, Tausch, Schenkungen u. s. w. sondern auch *mortis causa* darüber disponiren; das heißt, einen letzten Willen und eine donationem mortis causa darüber errichten. Stirbt er ohne letzten Willen: so fällt dieses peculium an seine Intestaterben, das heißt an die Personen, die ihn vermöge der Gesetze erben, seine Kinder, Geschwister und Eltern; der Vater kann es sich also nicht vermöge der väterlichen Gewalt allein zueignen, wie er nach den ältern Gesetzen zu thun befugt war (*2). Der Sohn kann auch 3) wegen dieses peculii mit dem Vater Verträge schliessen und Proceß führen, da sonst, wie wir oben (§. 100.) hörten, zwischen Vater und Sohn keine Verträge gelten und kein Proceß statt findet.

(1) L. 8. pr. de in ius voc.
(2) Der Vater hat zwar bey Lebzeiten des Sohnes kein Recht auf das peculium

castrense, und der Sohn kann auch darüber testiren. Wenn er aber ab intestato starb: so fiel dieses peculium, so wie das paganum, dem Vater vermöge der väterlichen Gewalt zu, L. 2. L. 9. L. 14. D. de castrens. pec. Durch Kayserliche Verordnungen aber wurde festgesetzt, daß das peculium castrense auf die Kinder des Sohnes, in deren Ermangelung auf die Geschwister, und, wenn auch deren keine da wären, erst auf die Eltern fallen sollte, L. 4. C. de bon. quae lib. pr. I. quibus non est permiss. ibique *Vinnius* n. 4. Nach der Nov. 118. erben die Eltern mit den vollbürtigen Geschwistern das peculium militare so wie alles übrige Vermögen des verstorbenen filii familias.

§. 432. Rechte des profectitii.

Das peculium profectitium gehört völlig dem Vater; das heißt, er hat das Eigenthum, die Civilpossession und den Nießbrauch davon. Die Kinder haben nichts, als den natürlichen Besitz (§. 282.) und die Administration desselben. Wenn indessen 1) des Vaters Vermögen confiscirt wird: so nimmt man den Kindern vermöge einer Verordnung des K. Claudius die peculia profectitia nicht (* 1), und wenn 2) der Vater die Kinder emancipirt, ohne diese peculia zurück zu fordern: so hat er sie ihnen stillschweigend geschenkt. Stirbt aber der Vater: so müssen die Kinder das peculium profectitium in die Erbmasse conferiren, das heißt, sich anrechnen lassen. (§. 709.)

(1) Si patris bona, sagt Ulpian L. 3. §. 4. in fin. D. de minor. a fisco propter debitum occupata sunt, peculium ex constitutione Claudii separatur. *Vinnius* ad pr. I. quibus non est permiss. n. 5.

§. 433. Rechte des adventitii.

Von dem peculio adventitio gehört den Kindern die Proprietät; der Vater aber hat der Regel nach die Administration und den Nießbrauch (* 1), dergestalt, daß er nicht, wie ein anderer usufructuarius, Caution zu leisten, und ein inventarium oder eine eidliche Specification zu entwerfen schuldig ist (* 2); daß er auch ferner, wenn es nöthig, oder den Kindern nützlich ist, etwas davon, und zwar ohne obrigkeitliches Decret veräussern kann (* 3). Dieser Nießbrauch dauert so lang, als die väterliche Gewalt, ja zuweilen noch länger. Wenn nemlich der Vater das Kind emancipirt: so behält er lebenslänglich den halben Nießbrauch als eine Belohnung der Emancipation. (§. 161.)

(1) *Car. Adolph. Braun* diss. de usufructus parentum in bonis liberor. genuino fundamento, Ien. 1743.

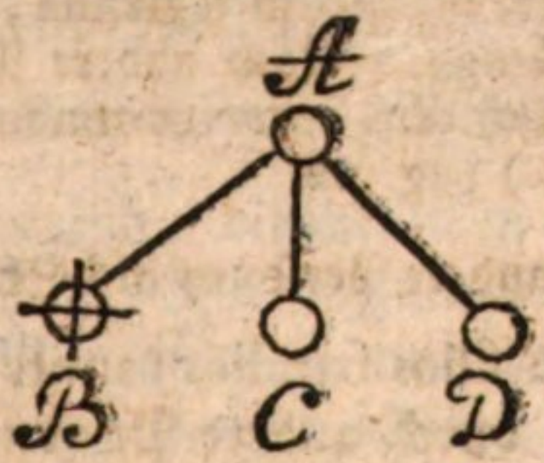
(2) *Enenckel* de privileg. parent. et liberor. priv. 4. cap. 4. num. 11. *Pufendorf* tom. 1. obs. 98. §. 18.

(3) L. 8. §. 5. C. de bon. quae lib. (VI. 61.) *Leyser* sp. 165. n. 9. *Wernher* part. 3. obs. 35. Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien 1. Stück 18. Seite. Strube rechtl. Bed. 2. Band 103. Bed. Ausserdem aber ist der Vater die adventitia zu veräussern nicht befugt, und wenn er es thut

thut: so ist die Alienation nichtig. Die Kinder können ihre Güter vindiciren, wofern sie nicht Erben des Vaters geworden sind. L. 14. C. de rei vind. (III. 32.) L. 3. C. de reb. alien. non alienand. (IV. 51.) L. 14. C. de evict. (VIII. 45.) wiewohl manche Juristen ihnen auch in diesem Fall die Vindication gestatten wollen. Allein mit Unrecht. S. *Henr. Ern. Floerke* diss. de parent. iur. in pecul. adventit. cap. 4. §. 11. *Stryk* diss. de facto defuncti ab herede non praestando, cap. 2. num. 31. *Boehmer* tom. 2. part. 1. resp. 431. m. 3. 4. 5. tom. 3. part. 2. decis. 39. n. 9. sqq. Decis. Cassellan. tom. 2. decis. 235. n. 5.

§. 434. Vom peculio adventitio extraordinario.

Doch giebt es auch Fälle, wo der Vater keinen Nießbrauch vom peculio adventitio hat. Dahin gehört 1) wenn der Sohn gegen den Willen des Vaters etwas erwirbt; z. E. eine Erbschaft antrit; (s. unten §. 543.) denn Rechtswohlthaten werden niemand aufgedrungen. Da nun der Vater nicht wollte, daß der Sohn die Sache acquiriren sollte: so kann er auch keinen Nießbrauch davon prätendiren. 2) Wenn jemand den Kindern ein Geschenk macht, oder eine Erbschaft, oder ein Vermächtniß mit dem Beding hinterläßt, daß der Vater keinen Nießbrauch haben solle. 3) Wenn eins von mehreren Kindern stirbt; seine Erbschaft also auf den Vater und die Geschwister fällt. In diesem Fall bekommt der Vater den Nießbrauch über die Erbportionen der Geschwister nicht.



Z. E. wenn B stirbt und 3000 Rthlr. hinterläßt: so werden diese unter dem Vater A, und die beyde Brüder C. D. in gleiche Theile vertheilt; der Vater aber hat über die 2000 Rthlr., welche dem C und D. zufallen, keinen Nießbrauch. Der Grund liegt wohl darinn, weil der Vater nach dem Recht des Codex in diesem Fall gar nichts erbte, sondern alles auf die Brüder C. und D. fiel. Die neuere Gesetze, Nov. 118. cap. 2. haben ihn zwar zur Succession gelassen; weil sie aber nicht wollen, daß jemand einen doppelten Vortheil haben soll: so haben sie ihm den Nießbrauch von den Erbportionen der Miterben abgesprochen, oder wie Justinian in der angeführten Novelle sagt: nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare; quoniam pro hac usus portione hereditatis ius et secundum proprietatem per praesentem dedimus legem. Endlich ist 4) der Fall in der L. 50. ad SCt. Trebell.

Trebell. hieher zu rechnen. Er ist folgender. Ein Vater war zum Erben eingesetzt, und ihm auferlegt worden, dem Sohn die Erbschaft zu restituiren, wenn dieser aus der väterlichen Gewalt gehen würde. Der Vater aber gieng mit der Erbschaft untreu um; deswegen verordnete Kayser Hadrian, daß er dem Sohn die Erbschaft sogleich, noch während der väterlichen Gewalt, abtreten, und keinen Nießbrauch davon haben sollte (* 1). Man theilt daher peculium adventitium in *ordinarium*, s. *regulare*, s. *minus plenum*, und *extraordinarium*, s. *irregulare*, s. *plenum* ein. Ordinarium, regulare, minus plenum heißt das, worüber der Vater den Nießbrauch hat; extraordinarium, irregulare, plenum, wovon ihm keiner zukommt. Ueber dieses letztere peculium kann der Sohn inter vivos nach Gefallen disponiren, es also verkaufen, vertauschen u. s. w. auch kann er es mortis causa verschenken, aber ein Testament kann er nicht darüber machen: (§. 466.) denn die testamentifactio kommt den filiis familis schlechterdings nicht zu, ausser über das peculium militare, weil sie, wie wir vorhin hörten, (§. 431.) in Ansehung dessen wie patres familias ansehen werden.

(1) Aus diesem singulären Fall aber läßt sich nicht der allgemeine Satz abstrahiren, daß der Vater den Nießbrauch der Adventitien verliere, wenn er damit übel wirthschaftet. *Scipio Gentilis* tract. de bonis maternis cap. 12. Indessen behaupten viele, z. E. *Lauterbach* diss. de usufr. paterno, th. 39. *Frommann* diss. de administratione adventitiorum legitima, §. 90. sqq. Der Vater verliere den Nießbrauch allerdings. Noch andere Meynungen führt *Frommann* am a. O. §. 91. an. S. auch *Heusinger* comment. de iure peculii adventitii extraord. (Isenac. 1751. 8.) pag. 22.

§. 435. Kann man auch durch andere Personen als Sklaven und Kinder acquiriren?

Nur durch Sklaven und filios familias konnte man nach dem alten Römischen Recht etwas erwerben, durch andere Personen nicht. Die neuere Gesetze aber erlauben, daß man auch durch einen Bevollmächtigten (procuratorem) etwas acquiriren kann; und zwar 1) den Besitz. Ich kann durch einen Bevollmächtigten den Besitz z. E. eines Landguts ergreifen lassen. 2) Das Eigenthum; wenn ich durch einen Bevollmächtigten etwas kaufen lasse, und ihm die Sache tradirt wird: so bin ich Eigenthümer davon. 3) Ein Pfandrecht. Wenn z. E. mein Bevollmächtigter auf ein Haus Geld vorschießt, und sich das Haus für mich verpfänden läßt: so kon..t mir ohne Zweifel ein Pfandrecht zu. Ob man 4) eine Servitut durch einen Bevollmächtigten habe erwerben können? weiß ich nicht. Doch glaube ichs; denn ich begreife nicht, warum es nicht erlaubt gewesen seyn sollte. Heutigestages ist wohl die Sache keinem Zweifel unterworfen. 5) Ein Erbrecht konnte mir kein Bevollmächtigter erwerben; denn Erbverträge (pacta successoria) waren bey den

Römern

Römern ganz verboten. Also gieng es auch nicht an, daß ich durch einen Procurator mit jemand einen solchen Vertrag schliessen ließ, und der Procurator mir auf diesem Weg ein Erbrecht erwarb. War ich Testaments- oder Intestaterbe: so konnte ich die Erbschaft nicht durch einen Bevollmächtigten antreten; also auch in diesem Fall war keine adquisitio iuris hereditarii per procuratorem möglich. Heutigestages kann zwar auch die Erbschaft durch keinen Bevollmächtigten angetreten werden, wie ich unten (§. 544.) zeigen will; aber die Erbverträge sind bey uns erlaubt, und man kann sie ohne Zweifel nicht nur in eigener Person, sondern auch durch einen Procurator schliessen. Folglich ist heutigestages ein Erbrecht durch einen Bevöllmächtigten zu erlangen möglich. Ist einer weder Sklav, noch filius familias, noch Bevollmächtigter von mir: so kann ich nach Römischem Recht durch ihn nichts acquiriren. Heutzutage aber kann ein Dritter, der keine von den benannten Personen ist, mir etwas erwerben. Wenn sich z. E. ein Freund in meiner Abwesenheit etwas für mich schenken und tradiren läßt: so habe ich das Geschenk acquirirt. (§. 738.)

TIT. X.

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

§. 436. Uebergang zu dieser Materie.

Die modi adquirendi civiles sind, wie wir oben gehört haben, entweder singulares, oder universales. Die singulares sind usucapio, donatio, legatum, fideicommissum. Was usucapio und donatio sey, ist im 6. und 7. Titel erklärt worden. Das legatum und fideicommissum wird ausgesetzt, bis wir die Lehre von den Testamenten kennen gelernt haben. Wir gehen also nun zu den modis adquirendi universalibus, deren erster, *hereditas*, oder richtiger *adquisitio hereditatis*, *successio hereditaria*, *successio sensu proprio ist.*

§. 437. Was ist die Erbschaft?

Um diesen Abschnitt gründlich zu verstehen, bemerke man folgende Sätze: 1) das Wort Erbschaft, *hereditas*, wird entweder objectivisch, oder subjectivisch genommen. In der ersten Bedeutung verstehet man die ganze Verlassenschaft, den Complexus der Güter eines Verstorbenen darunter; in der letzten aber wird das Recht auf eine solche Verlassenschaft, das Erbrecht, ius hereditarium, damit angedeutet.

2) Wenn weiter noch nichts, als ein Titel zu der Erwerbung einer Erbschaft vorhanden ist: so heißt sie *hereditas delata*; ist aber die Erbschaft wirk-

lich mein geworden, weil ich sie angetretet habe, oder das Gesetz sie ohne Antretung für mein erklärt, *hereditas adquisita est*. Wenn mich z. E. jemand im Testament zum Erben ernennt, und mit Todt abgehet, hereditas mihi delata est; wenn ich sie aber antrete, hereditas est adquisita.

3) Diese Erwerbung einer Erbschaft heißt die **Erbfolge**, *successio hereditaria*, *successio sensu stricto*.

4) Der Titel zu einer Erbschaft kann dreyerley seyn: **Vertrag, Testament, Gesetz.** Wenn ich nemlich Erbe eines Menschen werde: so liegt entweder der Grund in seiner **Willenserklärung**, weil er mich dazu ernennet hat; oder unmittelbar in der **Vorschrift** der Gesetze. Im letzten Fall ist es hereditas legitima sive ab intestato. Heredes legitimi nemlich sind die Verwandten des Verstorbenen und einige andere Personen. Man sehe den 721. u. f. f. §§. Z. E. wenn der Vater stirbt: so sind die Kinder Erben, ob sie gleich der Vater nicht dazu ernennt hat; sie sind es, weil die Gesetze sie dafür erklären, also heredes legitimi, oder ab intestato. Wenn die Willenserklärung des Verstorbenen der Grund meines Erbrechtes ist: so ist dieselbe entweder in der Absicht geschehen, daß ich sie acceptiren soll, und ich habe sie wirklich acceptirt, oder sie ist blos einseitig geschehen, das heßt, nicht in der Meynung, daß ich sie soll acceptiren können. Im ersten Fall bin ich *heres pactitius*, im letzten *heres testamentarius*, oder besser *heres ex ultima voluntate*. Die Römer kannten aber die hereditatem pactitiam nicht; bey ihnen waren alle Erbverträge verboten. Sie hatten also nur hereditatem testamentariam und ab intestato. In Deutschland hingegen sind dergleichen Verträge erlaubt, und werden nicht selten eingegangen, wie ich unten §. 737. ausführlich zeigen will.

5) Der Testamentserbe geht den Intestaterben vor, (successio testamentaria excludit legitimam;) das heißt, wenn ich im Testament einen Erben ernenne: so können die heredes legitimi keinen Anspruch auf meine Erbschaft machen, ausgenommen, wenn es Personen sind, denen der **Pflichttheil** gebühret. Man sehe den 13. Titel dieses Buchs.

§. 438. Geschichte der Testamente.

Die Testamente sind bey den Römern nicht immer auf einerley Weise gemacht worden (*1). In den ältesten Zeiten machte man sie in *calatis*, heißt das, *convocatis comitiis*, in einer Volksversammlung. Wenn das Volk versammelt war, erklärte man öffentlich, wen man zum Erben haben wolle. Das Volk consentirte stillschweigend; denn daß es ordentlich votirt habe, wie manche glauben (*2), ist mir nicht wahrscheinlich. Man siehet übrigens hieraus ein, warum die Testamente bey den Römern als Gesetze angesehen wor-

den

den sind; weil sie nemlich in den alten Zeiten wie Gesetze in einer Volksversammlung gemacht wurden. Diese Art zu testiren war aber sehr beschwerlich; denn der Testator mußte warten, bis sich das Volk versammelte; schwerlich kam es blos um eines Testaments willen zusammen; auch wurde die Erbeseinsetzung allen Menschen bekannt, welches zuweilen dem Testator unangenehm seyn mußte. Die Juristen brachten daher eine andere Art von Testamenten auf, die *per aes et libram*. Die Gesetze der 12 Tafeln nemlich sagen: uti pater familias legassit (das heißt, disposuerit) super pecunia tutelave ita ius esto. Nach dieser Verordnung konnte man testiren, auf welche Weise man wollte. Die Rechtsgelehrte führten aber folgende Solennitäten bey den Testamenten ein. Man ließ einen Menschen kommen, welcher den Erben vorstellte, und *familiae*, d. i. bonorum *emtor* hieß; (* 3) einen zweyten, der die Waage hielt, und daher *libripens* heißt; einen dritten, den *antestatum* (* 4), dessen Bestimmung sogleich erklärt werden soll: und endlich fünf Zeugen. Wenn die Personen versammlet waren: so ermahnte der antestatus die Zeugen, auf alles wohl Achtung zu geben; der libripens hielt die Waage in die Höhe; der familiae emtor warf ein Stück Geld in die eine Waagschale, der Testator aber legte etwas von seinem Vermögen in die andere, und verkaufte vermittelst einer solennen Formel sein ganzes Vermögem dem familiae emtori. Die ganze Handlung war indessen blos imaginär, eine blose Comödie; denn die Absicht des Testators war gar nicht, sein Vermögen zu verkaufen. Der familiae emtor erhielt wirklich nicht das geringste Recht aus diesem Kauf. Endlich brachte der Testator sein Testament zum Vorschein mit der Formel: haec uti in his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testator, ita vos Quirites testimonium praebitote (* 5).

(1) Die Rechtsgeschichte der Testamentslehre haben ausführlich abgehandelt: *Io. Henr. Summermann* coniectur. de origine et progressu testamentor. apud Romanos pariter ac Germanos aliosque populos. Specimen I. Berolin. 1735. 4. Eine Schrift voll Gelehrsamkeit, aber nicht vollendet. Im vierten Jahrhundert bricht der Verfasser ab. *Alb. Diet. Trekell* tract. de origine atque progressu testamentifactionis apud Romanos, cum praefat. *Georg. Christ. Gebaueri*, Lipsi. 1739. 4.

(2) Unter andern *Summermann* tract. cit. pag. 107. sqq.

(3) In den ältern Zeiten war der Erbe selbst der familiae emtor; in den neuern aber nahm man eine andere Person dazu. *Theoph.* ad §. 1. I. h. t. *Fr. Car. Conradi* Exerc. I. de pacto fiduciae, §. 7. *Reiz* ad Theoph. tom. 1. §. 332. sqq. *Gottl. Wernsdorf* observatio de familiae emtore ipso herede in testamento per aes et libram condito. Wittenb. 1780. Weil die Testamente Anfangs wie Contracte aussahen: so haben noch immer die Testamente mit den Contracten manches gemein. *Püttmann* interpret. et obs. cap. 27. *Id.* probabil. 2. cap. 2.

(4) Daß ein antestatus bey den Testamenten zugezogen worden, leugnet *Wernher* vol. 3. part. 1. obs. 13. n. 185. S. davon *Trekell* tr. cit. p. 91.
(5) Warum er sagte: tabulis cerisve, erklärt *Bynkershoeck* obs. iur. rom. lib. 3. cap. 21.

§. 439. Fortsetzung.

Der Prätor erfand eine kürzere, also die dritte Art zu testiren. Er erklärte in seinem Edict, daß er ein Testament als giltig ansehen, und dem eingesetzten Erben die Verlassenschaft (bonorum possessionem) zusprechen wolle, wenn es von sieben Zeugen untersiegelt sey. Also ein mündliches Testament hatte diese Wirkung nicht, nur ein schriftliches (* 1). Schon zu des Cicero Zeiten war dieses Testament üblich. Uebrigens kam deswegen das Testament per aes et libram nicht ab, es war noch zu Ulpians Zeiten gewöhnlich (* 2).

Die Anmerkung sagt: sieben Zeugen erforderte der Prätor vermuthlich darum, weil im Testament per aes et libram fünf Zeugen, ein antestatus und ein libripens, also zusammen 7 Personen gegenwärtig waren; und aus demselben Grund ist auch wohl nach den neuesten Gesetzen in den Testamenten diese Zahl von Zeugen erforderlich (* 3).

(1) *Pufendorf* Tom. 1. obs. 138. p. 362. sqq. Merkwürdig ist, daß der praetor B. P. sec. tab. gab, sobald das Testament von 7 Zeugen untersiegelt war, ohne zu fragen, ob es nullum, iniustum, ruptum oder irritum sey. Wenn aber nachher das Testament bestritten und umgestossen wurde: so blieb diese B. P. *sine re*, ohne Wirkung. *Ulpian* tit. 23. et 28. *Theoph.* ad §. 6. I. quib. mod. testam. infirm. *Cuiac.* paratitl. ad tit. C. de B. P. c. t. *Maranus* Opp. p. 369.
(2) Ulpian Fragm. tit. 20. §. 2.
(3) *Frid. Aug. Hommel* diss. de numero septenario testium in testamentis, Lips. 1731. sucht den Grund in der von den Alten geglaubten Vollkommenheit der Zahl sieben.

§. 440. Fortsetzung. Definition eines Testaments.

Endlich die vierte Art von Testamenten ist das testamentum ex constitutionibus Principum. Als nemlich die sollenne Mancipation bey Testamenten per aes et libram nach Ulpians Zeiten anfing ausser Gebrauch zu kommen: so wurde eine Art von Testamenten üblich, welche eine Vermischung des Prätorischen und Civiltestaments war. Coepit, sagt Justinian, §. 2. h t. in unam consonantiam ius civile et praetorium iungi Die Kayser Theodosius der jüngere und Valentinian fanden nöthig, die Form dieses Testamentes genauer zu bestimmen, und gaben zu dem Ende eine Verordnung, (* 1) worinn sie etwas von den Regeln des testamenti per aes et libram und des Prätorischen Testamentes beybehielten; von jenem die unitatem actus (* 2), von diesem das Untersiegeln

siegeln der Zeugen; zugleich aber auch die Unterschrift der Zeugen und des Testators erforderten. Die folgende Kayser bildeten die Sache weiter aus, und diese durch die Kayserliche Verordnungen vorgeschriebene Art zu testiren wollen wir dann im gegenwärtigen und folgenden Titeln kennen lernen. Vor allen Dingen aber müssen wir die Definition eines Testaments genau überlegen. Man versteht darunter einen letzten Willen, der nach gesetzlicher Vorschrift erklärt ist, und die Einsetzung eines directen Erben enthält.

(1) Diese Verordnung steht in der L. 21. hac consultissima C. de testam. aber verstümmelt. Vollständiger im Theodosianischen Codex tom. 6. part. 2. pag. 29. edit. *Ritter*.

(2) Denn die Testamentserrichtung per aes et libram war eine feyerliche Handlung, solche Handlungen aber mußten uno contextu geschehen. *Vinn.* ad §. 3. h. t. *Trekell* tract. cit. cap. 3. §. 57.

§. 441. Erklärung dieser Definition.

Das Testament ist demnach 1) ein letzter Wille, das heißt, ein einseitiger Wille, der erst nach dem Todt vollkommen ist. Es ist also a) ein einseitiger Wille. Wenn ich meinen Willen zum Besten eines andern erkläre, und der andere diese Erklärung acceptirt: so ist voluntas bilateralis, ein Vertrag vorhanden. Wenn ich aber meinen Willen allein erkläre, ohne daß ihn ein anderer acceptirt: so ist es voluntas unilateralis, eine einseitige Willenserklärung. Von dieser Art ist das Testament. Wer dergleichen macht, will nicht, daß der Erbe seine Einsetzung acceptiren soll. Der Erbe erfährt auch oft nichts davon, und wenn er sie erfährt: so acceptirt er sie doch nicht; und gesetzt, daß er sie acceptirte: so würde die Acceptation nichtig und ohne Wirkung seyn (*1). b) Der letzte Wille ist erst nach dem Todt vollkommen; das heißt, er giebt demjenigen, zu dessen Besten er gereicht, nicht eher ein vollkommenes und unwiederrufliches Recht, als bis der Disponent, welcher den letzten Willen erklärt hat, todt ist.

Das Testament enthält 2) eine Erbeseinsetzung. Erbe nemlich heißt der, welcher alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen bekommt, welche nicht ganz persönlich sind, das ist, alle Rechte und Verbindlichkeiten, die von einer Person auf die andere übergehen können. Im Titel de heredibus instituendis wird dieser Begrif weiter entwickelt werden (*2).

3) Im Testament wird ein directer Erbe ernennt. Wer nemlich die Erbschaft unmittelbar vom Verstorbenen erhält, heißt *heres directus*; wer sie aber aus den Händen eines andern Erben bekommt, heißt *heres obliquus*, oder *fideicommissarius*. Man stelle sich vor, ich verordne: A. soll mein Erbe seyn, und die Erbschaft lebenslang geniessen, nach seinem Todt aber soll sie auf den

B. und nach dessen Todt an C. fallen. Hier ist A. heres directus; B. und C. aber sind heredes fideicommissarii oder obliqui. Ein letzter Wille, der ein Testament seyn soll, muß nothwendig die Einsetzung eines directen Erben enthalten (*3), und ein solcher Erbe kann auch nirgends anders, als in einem Testament ernennt werden, wie wir §. 506. sehen werden.

Die Anmerkung lehrt: nach den alten Gesetzen mußte die Erbeseinsetzung befehlsweise geschehen, mit den Worten: Titius heres esto, oder Titius heres sit, oder Titium heredem esse iubeo. Bittweise, z. E. Titium rogo ut heres sit, konnte sie nicht abgefaßt werden. Der Grund liegt darin, weil die Testamente als Gesetze angesehen wurden (*4); (§. 438.) aber nach der Verordnung Constantins M. in der L. 15. C. de testam. (VI. 23.) und heutigestages kann der Testator eine jede beliebige Formel gebrauchen.

(1) Strube rechtl. Bed. 2. Theil. 180. Seite.

(2) Wenn der Testirer den Erben im Testament selbst nicht ernennt, sondern sich auf einen besondern Zettel bezieht, worinn der Name des Erben stehe: so heißt es ein mystisches Testament.

(3) Auch in den privilegirten Testamenten (§. 443.) muß ein Erbe ernennt werden, wenn sie als Testamente gelten sollen; und das Römische Recht ist in diesem Stück bey uns angenommen. *Io. Frid. Wahl* diss. de iusta liberos hered. instituendi forma, pag. 43.

(4) Nicht einmal die Formeln: heredem instituo, heredem facio waren richtig. Illa institutio plerisque improbata est, sagt *Ulp.* tit. 21.

§. 442. Fortsetzung.

Das Testament ist eine Willenserklärung. Daraus folgt 1) daß niemand ein Testament machen kann, als wer den Gebrauch seiner Vernunft hat. Im Titel, quibus non est permissum facere testamentum, wird dieser Satz weiter aus einander gesetzt werden.

2) Da man seinen Willen auf zweyerley Art, mündlich und schriftlich erklären kann: so giebt es auch zweyerley Arten von Testamenten, mündliche, *nuncupativa*, und schriftliche, *scripta* (*1).

3) Das Testament enthält eine Erbeseinsetzung, und der Erbe ist ein Successor in alle Rechte des Verstorbenen. Hieraus folgt, daß, wer ein Testament machen will, über sein ganzes Vermögen disponiren müsse.

Niemand 4) kann pro parte testatus, pro parte intestatus sterben. Das heißt, es geht nicht an, daß von mehreren Erben Eines und desselben Verstorbenen einige als Testamentserben, und die übrige als Intestaterben succediren. Die Regeln der testamentarischen und Intestaterbfolge sind so verschieden, daß man sie nicht wohl zusammen bey Einer Erbschaft anwenden kann. Earum rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus, sagt

Pom-

Pomponius (*2). Wenn ich meine Intestaterben A. B. C. im Testament einsetze, und ihnen einen Fremden D. beyfüge: so erben zwar diese Personen zusammen, aber alle als Testamentserben. Die Regel übrigens: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest (*3), ist fruchtbar an practischen Folgen. Es folgt daraus a) daß, wenn ich einen Menschen nur auf einen Theil meines Vermögens, z. E. auf ein Drittheil einsetze, ohne zu bestimmen, wer die übrige zwey Drittheile haben soll, der eingesetzte Erbe alles bekommt. Denn wer soll sonst die zwey Drittheile haben? Die Erben ab intestato? Auf diese Weise würde ich pro parte testatus, pro parte intestatus sterben. b) Wenn ich einen auf eine gewisse Zeit, z. E. nur auf 10 Jahre zum Erben ernenne, ohne zu sagen, wer nach diesen 10 Jahren die Erbschaft haben soll: so bleibt er beständig Erbe. Wem will man nach Verlauf der 10 Jahre die Erbschaft geben? Die Intestaterben können sie nicht verlangen, weil dieß der eben angeführten Regel, nemo pro parte testatus etc. zuwider wäre. c) Gesetzt, ich ernennte jemanden zum Erben, dergestalt, daß er erst im zehenden Jahr nach meinem Absterben die Erbschaft haben sollte, und hätte doch nicht verordnet, wer Erbe in den ersten 9 Jahren seyn soll. In diesem Fall bekommt der Eingesetzte die Verlassenschaft sogleich nach meinem Todt, und nicht die Intestaterben (*4). Der Grund ist wie vorhin. Wollte man in den ersten 9 Jahren die Intestaterben zulassen: so würde ich anfangs intestatus, nachher testatus seyn. Daß es übrigens in Deutschland Fälle giebt, wo einer pro parte testatus, pro parte intestatus stirbt, zeigt Heineccius (*5). Auch schon bey den Römern ließ man Ausnahmen zu (*6). Ausser diesen Fällen aber gilt die Römische Regel auch bey uns (*7).

5) Zwey oder mehr Testamente können nicht zugleich gelten. Denn in jedem ist ein Erbe ernennt; jeder Erbe ist ein successor im ganzen Vermögen; nun kann aber nicht der eine das ganze, und der andere auch das ganze erben. Stirbt also jemand, und man findet mehrere Testamente von ihm: so gilt nur eines, und zwar

6) Das letzte. Denn ein Testament ist ein einseitiger Wille. Der Erbe bekommt kein unwiederrufliches Recht, so lang der Testator lebt. Dieser ist also befugt, sein Testament so oft zu ändern, als es ihm gefällt. Man drückt dieses sonst auch also aus: voluntas hominis ambulatoria est usque ad mortem.

(1) Man s. von diesem Unterschied *Ferd. Aug. Hommel* diss. de scriptura eiusque necessitate in testamento nuncupativo. (Lipf. 1729.) §.

(2) L. 7. D. de reg. iur. Andere suchen den Grund dieser Regel in dem Testament per aes et libram; quia tota hereditas, sagen sie, emebatur asse. Sehr seltsame und erzwungene Ursachen führt ein Ungenannter im Schottischen Wochenbl. 4. Band, Num. 6. an.

(3) Eine

(3) Eine eigene Abhandlung über diese Regel s. bey *Marckart* in interpret. recept. lect. lib. 2. cap. 24. p. 324. sqq.
(4) L. 41. pr. D. de test. mil. L. 34. L. 88. pr. D. de hered. instit. L. 7. §. 10. D. de minor.
(5) *Heinecc.* elem. iur. germ. lib. 2. tit. 7. §. 200. tom. 1. pag. 515.
(6) L. 8. §. 5. L. 15. §. 2. L. 19. L. 24. D. de inoff. testam. *P. Faber* ad tit. de reg. iur. p. 48. sqq.
(7) *Reinhærth* ad *Christin.* vol. 4. obs. 18.

§. 443. Fortsetzung.

Der letzte Character in der Definition des Testaments war: es ist ein Wille, der nach gesetzlicher Vorschrift erklärt ist. Man kann nemlich sein Testament unter öffentlicher Autorität, man kann es auch *privatim* machen. Im ersten Fall heißt es *publicum*, im letzten *privatum*. Das publicum wird entweder vor dem Landesherrn, oder vor dem Richter gemacht, das privatum vor keinem von beyden.

Publice also mache ich mein Testament, a) wenn ich zu dem Landesherrn gehe, und ihm mündlich sage, wer mein Erbe seyn soll; oder b) ihm mein Testament schriftlich überreiche. c) Wenn ich ihn ersuche, mir Deputirte zu schicken, und vor diesen mein Testament mündlich mache, oder d) diesen Deputirten es geschrieben übergebe (*1). e) Wenn ich mich zu dem Richter verfüge, und ihm meinen letzten Willen mündlich eröfne (*2). f) Wenn ich ein schriftliches Testament im Gericht hinterlege. Ferner g) wenn ich den Richter ersuche, in Person zu mir zu kommen, oder Deputirte zu schicken, und nun meinen letzten Willen mündlich erkläre. Endlich h) wenn ich dem Richter oder seinen Deputirten, die zu mir gekommen sind, das Testament schriftlich zustelle (*3). In allen diesen Fällen sind keine Solennitäten, z. E. keine Zeugen nöthig. Der Landesherr und Richter sind statt aller Solennitäten (*4). Der Richter braucht auch nicht competent zu seyn; das heißt, ich kann mein Testament bey jedem Richter machen, auch bey einem solchen, unter dem ich nicht stehe; und endlich ist auch nicht erforderlich, daß ein Actuarius zugegen sey, wenn das Testament übergeben wird. Genug, daß es dem Richter übergeben, oder vor ihm mündlich errichtet wird (*5).

Hingegen das Privattestament erfordert der Regel nach manche Feyerlichkeiten, und zwar bey Strafe der Nichtigkeit; das heißt, wenn nur eine einzige der vorgeschriebenen Solennitäten unterbleibt: so ist das ganze Testament ungiltig. Ich sage: der Regel nach; denn es giebt Fälle, wo bey einem Privattestament alle, es giebt auch solche, wo einige Feyerlichkeiten unterbleiben können, ohne daß das Testament ungiltig wird. Daher theilt man die Privattestamente in solenne und nicht solenne, oder privilegirte ein.

Solenne

Solenne heissen die, bey welchen alle vorgeschriebene Feyerlichkeiten zu beobachten sind. Nicht solenne oder privilegirte, bey welchen sie unterbleiben können. (Man s. die zu diesem §. gehörige Tabelle XXIX. a.) Der gegenwärtige Titel handelt von solennen, der folgende von nicht solennen Testamenten.

Uebrigens muß ich noch anmerken, 1) daß, wenn jemand behauptet, der Testirer habe erforderliche Solennitäten nicht beobachtet, er den Beweiß führen muß (*6). Denn für jedes Document streitet, wie die Juristen sich ausdrücken, praesumtio solennitatis. 2) Wenn eine Kleinigkeit bey einem Testament versehen, man aber doch versichert ist, daß es des Testators Willen, und kein Betrug dabey passirt sey: so muß es der Richter aufrecht erhalten (*7).

(1) Das testamentum Principi oblatum hat seinen Grund in einem Gesetz des K. Honorius, der L. 19. C. de testam. (VI. 23.) Es mußte dem Kayser schriftlich überreicht werden; denn daß man ihm auch mündlich seinen letzten Willen soll eröfnen können, sagt das Gesetz nicht. *Walch* diss. de testam. Principi oblato, cap. 2. §. 5. Das testamentum magistratui *in scriptis* oblatum galt bey den Römern anderst nicht, als wenn es mit den gehörigen Feyerlichkeiten errichtet war. Man brachte es der Obrigkeit blos der Sicherheit wegen, damit es nicht verlohren gehe, gestohlen, unterschlagen würde. Die gerichtliche Insinuation ersetzte also den Mangel der Feyerlichkeiten nicht. Ob die Römer das mündlich vor der Obrigkeit erklärte Testament gekannt haben, (testamentum, quod fit ad acta) ist zweifelhaft. *Franc. Car. Conradi* diss. de testam. publico, sive quod fit apud acta, (Helmst. 1741.) behauptet es. Anderer Meynung aber ist *Madihn* diss. de validit. testam. non rite oblati, §. 14. Ich glaube aber doch, daß man die Worte der L. 19. sicut ergo securus erit, qui actis cuiuscunque iudicis suum publicavit iudicium, nicht wohl von einem andern, als dem testamento ad acta verstehen kann.

(2) Ob der Richter nothwendig ein Protocoll darüber führen müsse, untersucht *Lauterbach* diss. de testamento iudiciali, th. 23. und *Nettelbladt* diss. de testam. nuncupativo in scripturam redacto, cap. 1. §. 13. Ich halte es nicht für schlechterdings nöthig. Strube rechtl. Bed. 2. Band, 52. Bed.

(3) Ob man dem Landesherrn und Richter ein Testament durch einen Bevollmächtigten überschicken könne, ist zweifelhaft; doch ist die bejahende Meynung die richtigste. Denn ein Bevollmächtigter ist in allen Fällen zuläßig, wo die Gesetze die Gegenwart des Principals nicht ausdrücklich erfordern. Nur muß der Bevollmächtigte eine specielle Vollmacht beybringen, oder es muß auf andere Art erwiesen werden, daß die Uebergabe mit des Testirers Willen geschehen sey. *Io. Ferd. Wahl* diss. de iusta liberos heredes instituendi forma, pag. 24 seqq. Decis. Cassel. tom. 1. decis. 21. Strube am a. O. 1 Theil, 317. Seite, 4. Theil 230. Seite. Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien 3. Stück, 134. Seite. *Walch* diss. cit. cap. 2. §. 4. Der gegentheiligen Meynung sind *Pufendorf* tom. 4. obs. 197. et animadv. 81. *Cramer* obs. iur. univ. tom. 1. obs. 17. *Gottfr. Barth* diss. de testam. Principi aut Comiti

oblato, cap. 5. §. 10. *Spis* diss. de testamento per procuratorem non insinuando. (Altorf 1742.) §. 3. seqq.

(4) Bey dem gerichtlichen Testament ist dieß nach der Praxis ganz ausgemacht. *Stryk* de cautel. testam. cap. 7. §. 32. Hingegen bey dem testamento Principi oblato erfordern doch manche, daß man es in Gegenwart einiger Zeugen überreiche, *Id.* l. c. §. 16.

(5) Strube am a. O. 2. Band, 51. Bed.

(6) *Wahl* l. c. p. 37. Strube am a. O. 5. Band, Seite 46. *Pufendorf* tom. 2. obs. 144. pag. 498.

(7) *Leyser* spec. 500. med. 12. Decis. Cassell. tom. 2. dec. ult. n. 16. Doch s. man auch *Müller* ad *Leyser* obs. 5.

§. 444. Solennitäten, welche in den Privattestamenten nöthig sind. Unitas temporis et actus.

In jedem Privattestament werden nach der Regel folgende Solennitäten erfordert: 1) muß *unitas temporis* und *actus* beobachtet werden. Unitas temporis, das heißt, das Testament muß auf einmal gemacht werden, es gehet nicht an, daß man es heute anfange, morgen fortsetze, und übermorgen endige. Unitas actus, das ist, während des actus testandi darf keine andere fremde Handlung vorgenommen, kein Contract geschlossen werden. Man denke sich den Fall: ich erkläre meinen letzten Willen mündlich; als ich den Erben ernennt, und nun an die Vermächtnisse komme; unter andern der Kirche mein Haus vermache: so ersucht mich einer der Zeugen, ihm es zu verkaufen, und der Kirche lieber das Geld zu vermachen. Ich willige in diesen Antrag, der Kauf wird richtig, und nun fahre ich mit der Eröfnung meines letzten Willens fort. Dieses Testament ist ungiltig, weil der actus testandi durch einen Kaufcontract unterbrochen worden ist (*[1]).

Um übrigens beurtheilen zu können, ob der actus testandi zu Einer Zeit und ununterbrochen vorgenommen worden sey, muß man den Punct wissen, wo er anfängt, und wo er sich endigt. In dem mündlichen Testament fängt er an, wenn der Testator die Zeugen ersucht, seinen letzten Willen anzuhören, und ist geendigt, wenn der Testirer mit seiner Erklärung fertig ist. Im schriftlichen fängt er an, wenn der Testator die Zeugen bittet, seinen Willen zu unterschreiben, und zu untersiegeln; er hört auf, wenn der letzte Zeuge untersiegelt hat. Der Testator kann also Wochen, Monate und Jahre lang an seinem Testament schreiben. Dieß ist der Einheit der Zeit nicht entgegen. Nur von dem Augenblick an, da er die Zeugen um Unterschrift und Untersiegelung ersucht, muß keine Unterbrechung mehr geschehen.

(1) Einige behaupten, daß während des Testamentactus allerdings ein Contract geschlossen werden könne. *Hoenonii* disp. iurid. lib. 1. disp. 7. thes. 6. wenigstens nach unsrer Praxis. Z. E. *Carpzov.* part. 3. const. 5. def. 20. *Esbach* ad *Carpzov.* part. 3. const. 3. def. 10. nr. 4. aber andere widersprechen mit Grund.

Grund. *Cocceii* iur. contr. tit. qui teſt. fac. poſſ. quaeſt. 10. *Struv.* Ex. 32. th. 10. *Wernher* part. 5. obſ. 38. Doch glaubt letzterer part. 3. obſ. 163. daß dieſe Verordnung nur auf mündliche Teſtamente paſſe. So viel iſt gewiß, daß eine einſeitige Handlung des Teſtators, wenn er z. E. im Teſtament ein Grundſtück einem ſeiner Erben für eine gewiſſe Summe anſchlägt, dem Teſtament unſchädlich iſt.

§. 445. Fortſetzung. Gegenwart von ſieben Zeugen.

Das Privatteſtament erfordert 2) ſieben Zeugen, der Grund dieſer Anzahl iſt oben erklärt worden (§. 439.) (*1). Dieſe müſſen *ſpecialiter rogati* ſeyn, das heißt, ſie müſſen entweder zu dem Ende zuſammen gerufen werden, daß ſie Teſtamentszeugen ſeyn ſollen; oder, wenn ſie aus einer andern Urſache ſchon verſammelt ſind: ſo muß man ihnen erklären, daß man ſie zu Zeugen verlange. Wenn jemand in der größten Geſellſchaft erklärte, wer ihn erben ſollte, und nicht erſuchte, daß die Anweſende Zeugen deſſen ſeyn möchten: ſo gilt dieſe Erklärung nicht als ein Teſtament. Dieß iſt nicht nur dem Römiſchen Recht, ſondern auch der Notariatsordnung Maximilians gemäß. In dieſer heißt es: es iſt auch im Teſtament nöthig, daß die Zeugen nicht allein gebeten, ſondern inſonderheit zu Aufrichtung des Teſtaments berufen und genommen, oder aufs wenigſte, wo ſie ungeſchickter Dinge unberufen zugegen wären, dazu ermahnt und beſprochen werden. Der Grund dieſer Vorſchrift liegt theils darin, weil das Teſtament (per aes et libram) eine feyerliche Handlung war, und in dergleichen Handlungen eine ſolenne Requiſition (rogatio) der Zeugen erfordert wurde; theils aber iſt er darin zu ſuchen, daß dieſe Rogation den ernſtlichen Willen des Teſtators zu erkennen giebt. Ohne ſie weiß man ſelten mit Gewißheit, ob die Erklärung ein ernſtlich gemeynter letzter Wille, oder ein bloſſer flüchtiger Gedanke war. Uebrigens iſt es nicht nöthig, daß der Teſtator ſelbſt dieſe Rogation vornehme; denn ein anderer kann es in deſſen Namen thun. Auch kann ſie implicite geſchehen; z. E. man erſuche den Herrn N. N. heute Nachmittag, Glocke vier zu kommen, und ſein Pettſchaft mitzubringen (*2). Dieſe Zeugen müſſen ferner, wie L. 9. Cod. cit. (VI. 23.) (*3) ſagt: *in conſpectu teſtatoris teſtimoniorum officio fungi.* Was heißt dieß? Bedeutet conſpectus blos die Gegenwart, oder den eigentlichen Anblick? Jemand kann mir gegenwärtig ſeyn, ohne daß wir uns ſehen, z. E. weil es ſtockfinſter iſt. Nimmt man es für den Anblick: ſo fragt ſich's weiter, heißt es, der Teſtirer muß die Zeugen ſehen, oder die Zeugen müſſen ihn ſehen, oder endlich, ſie müſſen beyde einander ſehen? Wenn der Teſtator z. E. hinter einem Vorhang liegt, und durch eine Spalte ſieht: ſo kann er die Zeugen, ſie aber ihn nicht erblicken. Iſt der Teſtator blind: ſo ſehen ihn die Zeugen, er ſie aber nicht. Man be-

merke also: 1) soviel ist gewiß, der Testator braucht nicht sehend zu seyn; denn auch Blinde können testiren. 2) Ob ein Blinder bey einem mündlichen Testament Zeuge seyn kann, ist zweifelhaft. Laurich (*4) läßt ihn zu, aber anderer Meynung ist Koch (*5). Schwerlich möchte sich ein Testament vertheidigen lassen, bey welchem sieben blinde Zeugen gewesen wären; denn der Verdacht eines Betrugs ist allzugroß. Indessen dürfte auch der Fall wohl nie vorkommen. Wenn aber Einer oder einige blind gewesen wären, und wenigstens zwey sehend: so glaube ich nicht, daß das Testament mit Grund angefochten werden könne (*6). 3) Wenn die Zeugen den Testator nicht sehen, weil es finster im Zimmer, weil ein Vorhang, eine spanische Wand, u. dergl. zwischen ihnen ist: so ist das Testament ungiltig (*7); denn die certitudo voluntatis fehlt; das heißt, man ist nicht versichert, daß der, welcher das Testament gemacht hat, auch derjenige wirklich gewesen ist, für den er sich ausgegeben hat. Wie leicht ist bey diesen Umständen ein Betrug möglich. 4) Allein von allen diesen Fällen handelt das Gesetz nicht. Nach dem ganzen Zusammenhang zu urtheilen, ist darin blos von dem schriftlichen Testament eines Sehenden die Rede, und das Gesetz schreibt vor, die Zeugen sollen in Gegenwart des Testators vor seinen Augen, so daß er zusieht, das Testament unterschreiben. Denn es heißt: si non speciali privilegio patriae tuae iuris observatio relaxata est, et testes non in conspectu testatoris *testimoniorum officio functi sunt*: nullo iure testamentum valet. Daß die Zeugen, wenn ihnen der Testator das Testament in eigner Person überreicht hat, es gerade vor seinen Augen unterschreiben, ist eine bloße Formalität, die zur Gewißheit des letzten Willens nicht erforderlich ist. Der Fall läßt sich also wohl denken, daß durch ein Provincialgesetz oder eine Provincialgewohnheit diese Formalität nachgelassen ist.

Endlich müssen auch die Zeugen fähig seyn, bey einer feyerlichen Handlung gegenwärtig zu seyn; also daß sie glaubwürdige Leute sind, ist nicht genug. Daher können folgende Personen nicht im Testament zu Zeugen gebraucht werden: Weibspersonen, Unmündige, Sklaven, Wahnwitzige, Taube, Stumme, Verschwender, (solche nemlich, die von der Obrigkeit förmlich dafür erklärt sind), Leute, die wegen eines öffentlichen Verbrechens zur Strafe gezogen worden sind; nach dem canonischen Recht alle Ehrlose (*8). Ausserdem darf aber auch der Erbe selbst nicht unter den Zeugen seyn; denn er und der Testator werden als eine Person angesehen; wenn er also Zeuge seyn wollte: so wäre es eben so viel, als ob der Testator selbst Zeuge wäre. Dazu kommt, daß der Erbe vornemlich bey dem Testament interessirt ist. Endlich müssen auch die Zeugen durch keine Verbindung der väterlichen Gewalt verhindert werden. Nemlich a) der Zeuge darf nicht in

des

des Testators väterlicher Gewalt seyn, das heißt, wenn ich ein Testament mache: so kann ich meine eigene filios familias nicht zu Zeugen brauchen. Der Grund ist, weil ich und sie eine Person sind. Eben so wenig gehet es b) an, daß der Testirer in des Zeugen Gewalt sey; das heißt, wenn der filius familias ein Testament macht: (§. 466.) so kann der Vater nicht Zeuge seyn (*9). c) Der Zeuge darf ferner nicht in des Erben väterlicher Gewalt stehen; wenn ich den A. zum Erben ernenne: so kann ich dessen filios familias nicht als Zeugen zuziehen. d) Der Erbe muß nicht in des Zeugens väterlicher Gewalt seyn; das ist, wenn ich einen filium familias zum Erben einsetze: so kann dessen Vater nicht Testamentszeuge seyn. e) Der Zeuge und Erbe sollen nicht in einerley väterlicher Gewalt seyn, oder wenn ich von zwey Brüdern, die noch filii familias sind, einen einsetze: so kann der andere im Testament nicht zeugen. Der Grund aller dieser Regeln liegt in der persönlichen Einheit des Vaters und des Sohnes. f) Die blosse Blutsfreundschaft schadet nichts. Ich kann also meine Söhne, wenn sie aus der väterlichen Gewalt gegangen sind, in meinem Testament als Zeugen gebrauchen; ich kann die Söhne meines Erben dazu nehmen, wenn sie sui iuris sind, u. s. w. (*10). g) Die Verbindung der Zeugen unter sich schadet ebenfalls nichts. Es gehet also an, daß ein Zeuge filius familias des andern Zeugen ist. Sogar, wenn ein Vater sechs mündige Söhne hat, die noch alle in seiner Gewalt sind: so kann er mit ihnen zu einem Testament gezogen werden. Endlich h) können auch die legatarii und fideicommissarii singulares Zeugen im Testament seyn (*11); und zwar im mündlichen eben so wohl, als im schriftlichen (*12).

(1) Man sehe *Ferd. Aug. Hommel* diss. de numero septenario testium.
(2) Doch s. *Boehmer* consult. et decis. vol. 1. dec. 649. n. 11. 12. 13. dec. 651. n. 20.
(3) Die Worte des Gesetzes sind: si non speciali privilegio patriae tuae iuris observatio relaxata est, et testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo iure testamentum valet.
(4) Diss. de coeco idoneo in testamento teste. Lipsi. 1773.
(5) Progr. de conspectu testatoris. Giss. 1775. Man sehe auch Walch controv. pag. 214.
(6) Georg Heinrich Lehr über die Frage: ob ein Blinder bey Testamenten Zeuge seyn könne? Giessen 1788. 4. welcher auch ein vor 7 blinden Zeugen errichtetes Testament für giltig hält, wenn nur sonst ausgemacht ist, daß der Testirer wirklich der war, für den er sich ausgab.
(7) *Wahl* diss. de iusta liberos heredes instituendi forma, pag. 36.
(8) Dem Testament schadet es nicht, wenn ein untüchtiger Zeuge dabey war, dessen Untüchtigkeit man aber damals nicht wußte, (qui omnium consensu testis habilis erat.) §. 7. I. h. t. ibique *Vinn.*
(9) *Vinnius* ad §. 9. h. t. n. 3.

(10) Verschiedene Juristen behaupten zwar, daß jede Verbindung des Zeugen mit dem Erben zum Zeugniß im Testament unfähig mache. Man sehe Hertels Thee- und Caffeetasse 10. und 17. Gout. Aber unsere Meynung ist den Gesetzen gemässer. In dem §. 10. I. h. t. heißt es ausdrücklich: neque heres scriptus, neque is, qui *in potestate* eius, neque pater eius, qui eum habet *in potestate*, neque fratres, qui in eiusdem *patris potestate* sunt, testes adhiberi possunt. Auch in der Notariatsordnung Max. I. steht: einer, der in dem Testament Erb geschrieben, oder der mit demselben in eines andern Gewalt wäre, könnte nicht zu Zeugen genommen werden. Struben rechtl. Bed. 3. Theil. 327. Seite. *Molitor* diss. decisiones ex praxi Moguntina continens. (Mogunt. 1786.) decis. 2.

(11) §. 11. I. h. t. ibique *Vinnius*. Eine sehr umständliche Abhandlung über die Frage: welche Personen im Testament Zeugen seyn können? hat *Guil. Masius* singular. opin. lib. 6. cap. 17. 18. 19. 20. pag. 728. sqq. Nach der L. 27. D. qui testam. fac. poss. fragt ein gewisser Domitius Labeo den Juristen Celsus: An testium numero habendus sit is, qui, cum rogatus esset ad testamentum scribendum, idem quoque tabulas scripsisset, signaverit. Celsus antwortete ihm: aut non intelligo, quid sit, de quo me consulis, aut valde stulta est consultatio tua. Plus enim, quam ridiculum est, dubitare, an aliquis iure testis adhibitus sit, quoniam idem et tabulas testamenti scripsit. Man heißt daher in der Jurisprudenz alle alberne Fragen *quaestiones Domitianas*, und grobe Antworten *responsiones Celsinas*.

(12) *Rebhan* paralipom. *Meier*. decad. 3. quaest. 9.

§. 446. Erfordernisse des schriftlichen Testaments.

Bisher haben wir die Feyerlichkeiten kennen gelernt, die in jedem Testament, es sey mündlich oder schriftlich, beobachtet werden müssen. Das schriftliche Testament aber erfordert insonderheit noch 3) daß der Testator es selbst schreibe oder unterschreibe. Im ersten Fall heißt es *holographum*, im letzten *allographum*. Also in dem holographo ist die Unterschrift des Testators nicht nöthig. In dem allographo aber ist sie erforderlich, und muß, welches wohl zu bemerken ist, in Gegenwart der Zeugen geschehen. Nach den Gesetzen ist nur nöthig, daß der Testator einmal, am Ende unterschreibe. Indessen ist es gewöhnlich und rathsam, daß er auf allen Blättern unterschreibt. Wenn der Testator nicht schreiben kann, weil er es entweder nie gelernt hat, oder jetzt durch die Krankheit daran verhindert wird: so muß er noch einen achten Zeugen zuziehen; und dieser unterschreibt seinen eigenen, nicht des Testators Namen; z. E. Titius in des Herrn Testators Namen.

Nach der Note hat Justinian zwar in den Institutionen und dem Codex vorgeschrieben, daß der Testator mit eigener Hand, oder wenn er nicht schreiben kann, ein Zeuge den Namen des Erben schreiben solle. Aber in der angeführten Novelle ist diese Verordnung wieder aufgehoben (* [1]).

(1) *Pufendorf* tom. 3. obs. 5. §. 2. pag. 15.

§. 447. Fortsetzung.

Die Zeugen müssen 4) das Testament unterschreiben (*1), und untersiegeln. Bey den Römern mußten sie mit einem Siegelring siegeln (*2); heutigestages ist es einerley, ob es mit einem Siegelring, oder mit einem andern Pettschaft geschieht (*3). Auch ist nicht nöthig, daß jeder sein eigenes Pettschaft habe; sie können mit geliehenen Pettschaften (*4); ja sie können alle mit Einem Pettschaft siegeln. Doch muß es ein wirkliches Pettschaft seyn, was sie gebrauchen; einen Münze kann in diesem Fall nicht statt eines Pettschafts gelten.

(1) Und zwar ist genug, daß sie ihren Namen unterschreiben; daß sie hinzusetzen: als Testamentszeuge, ist nicht nöthig. *G. L. Boehmer* diss. de testam. signato et subscripto in involucro. §. 2. in Elect. iur. civ. tom. 1. pag. 49. seqq.

(2) L. 22. §. 5. D. qui testam. fac. poss. sagt: magis est, ut tantum annulo quis posset signare. Die Ursache untersucht *Herm. Cannegieter* obs. lib. 1. cap. 13. Der Ring war ein Symbol der Festigkeit und Giltigkeit. Es ist also nicht nöthig in dem Gesetz zu lesen: magis est ut *non* tantum annulo. S. *Heinecc.* ad *Vinn.* §. 5. h. t. n. 3.

(3) *Grassi* collat. iur. rom. cum Recess. Imper. pag. 134.

(4) L. 22. §. 2. D. qui testam. fac. poss. L. 12. C. de testam. (VI. 23.)

§. 448. Sprache des Testaments.

Die Sprache, worinn jemand ein schriftliches Testament machen, und das Formular, dessen er sich bedienen will, ist willkührlich. Nur muß er es mit Buchstaben, nicht mit ungewöhnlichen Characteren schreiben. Die Zahlen mit Ziffern zu schreiben, ist nicht verboten (*1). Auch die Materie, worauf er es schreiben will, ist gleichgiltig (*2). Die Römer schrieben vieles in cera, das heißt, auf hölzerne Tafeln, die ganz dünne mit schwarzem Wachs überzogen waren, so daß man mit einem Griffel die Buchstaben in das Wachs eingrub, uud die weiße Tafel hervorleuchtete. Man kann auch das Testament auf charta deletitia und ὀπισθογραφος schreiben, wenn es nur zu lesen ist. Was das erste für Papier war, ist zweifelhaft. Einige sagen, es sey eine Papierart gewesen, von der man die Schrift mit einem Schwamme habe abwaschen können, andere verstehen mit unserm Autor ein Papier darunter, auf dem eine Schrift gestanden hat, die aber wieder ausradirt worden ist. Οπισθογραφος charta heißt Papier, dessen eine Seite schon zuvor mit etwas anders beschrieben ist (*3).

(1) *Müller* ad *Struv.* Ex. 32. th. 10. lit. E.

(2) *G. L. Boehmer* diss. cit. §. 2. in elect. p. 36. sqq.

(3) *Textor* diss. de opistographo, in diss. academ. part. 1. pag. 426. seqq.

§. 449. Erfordernisse des mündlichen.

Bey dem mündlichen Testament ist nichts erforderlich, als daß der Testa-

tor

tor vor sieben erbetenen testamentsfähigen Zeugen, in einer Sprache, die sie verstehen, seinen letzten Willen mündlich erklärt. Also die Zeugen müssen die Sprache des Testators verstehen, welches bey dem schriftlichen Testament nicht nöthig ist (* 1). Meistens bringen die Zeugen, die ein mündliches Testament angehört haben, es zu Papier, um den Inhalt nicht zu vergessen. Durch diese Handlung wird das mündliche Testament nicht in ein schriftliches verwandelt. Der Satz ist wichtig wegen seiner Folgen. Wenn nemlich dieser von den Zeugen gemachte Aufsatz die Erfordernisse eines schriftlichen Testaments nicht hat; z. E. die Unterschrift des Testators fehlt; nicht alle Zeugen haben unterschrieben; er ist nicht untersiegelt: so ist deswegen das Testament nicht ungiltig. Denn dieses ist mündlich gemacht, und muß mit dem Aufsatz, welchen die Zeugen verfertigt haben, nicht verwechselt werden (* 2).

(1) *Vinn.* ad §. 14. I. h. t. n. 2.
(2) Man s. von dieser Art Testamente *Nettelbladt* diss. de testamento nuncupativo in scripturam redacto. Hal. 1753.

§. 450. Deutsches Recht.

Heutigestages werden zwar viele Privat- und feyerliche Testamente gemacht; aber eben so oft macht man auch gerichtliche Testamente, und es ist rathsamer diese Testirart zu wählen, weil es leicht möglich ist, einen Fehler bey einem Privattestamente zu begehen, wodurch es nichtig wird. Seltner sind die Testamente, welche sich auf landesherrliche Autorität gründen, doch sind sie nicht ganz ausser Uebung. Nach dem canonischen Recht gilt ein Testament, das vor dem Pfarrer und zwey Zeugen verfertiget ist; aber an wenigen Orten, selbst in catholischen Ländern, ist diese Verordnung angenommen (* 1). In manchen Provinzen und Städten hat man eigene Gesetze oder Gewohnheiten in dieser Materie, z. E. in der Reichsstadt Frankfurt gilt ein Testament, das vor drey Rathsverwandten errichtet ist; im Würtenbergischen sind fünf Zeugen hinlänglich. Wenn übrigens ein Testament den Gesetzen des Ortes, wo es gemacht wurde, gemäß ist: so gilt es an allen Orten; obgleich an diesen andere Solennitäten vorgeschrieben sind (* 2). Wenn z. E. ein Hessen-Darmstädtischer Unterthan nach Frankfurt reiset, dort sein Testament vor drey Rathsverwandten macht, und es mit zurück in das Darmstädtische bringt: so ist es hier giltig, obgleich das Römische Recht in dieser Lehre bey uns gilt. Denn die Regel ist überhaupt: wenn die Rede von der Giltigkeit eines juristischen Geschäfts ist: so muß man auf die Gesetze desjenigen Orts sehen, wo das Geschäft vorgenommen worden ist.

Zuweilen wird ein Notarius mit zwey Zeugen zu dem Testamentsactus genommen, welcher dann über die ganze Handlung ein Instrument errichtet.

Wozu dient dieses? Bey dem schriftlichen Testament hat es den Nutzen: man kann aus dem Notariatsinstrument sogleich beweisen, daß bey der Verfertigung des Testaments alle Solennitäten beobachtet worden sind; daß z. E. die Zeugen gehörig rogirt worden; daß sie den Testator gesehen haben, daß Einheit der Zeit und Handlung beobachtet worden sind. Bey dem mündlichen Testament hat dieses Instrument noch einen grössern Nutzen. Man kann daraus den Inhalt des Testaments beweisen, und es ist nicht nöthig, die Zeugen eidlich darüber zu vernehmen (* 3).

(1) *Wahl* diss. de iusta lib. hered. instit. forma, pag. 33 sqq.
(2) *Hert* Dec. 503. n. 12. *Heineccii* diss. de testamenti fact. iur. germ. arctiss. limit. passim circumscripta, §. 30. in opusc. pag. 962. *Pufendorf* tom. 1. obs. 28. p. 59. doch sehe man *Reinharth* ad *Christin.* vol. 1. obs. 32. nr. 3. vol. 4. obs. 13.
(3) *Hert* Dec. 645. n. 5. Strube rechtl. Bed. 4. Theil. 46. Seite.

TIT. XI.

DE MILITARI TESTAMENTO.

§. 451. Was sind privilegirte Testamente?

Wer ein Privattestament machen will, muß der Regel nach alle vorgeschriebene Solennitäten beobachten, sonst ist sein letzter Wille nichtig. Indessen giebt es einige Testamente, worinn 1) gar keine Solennitäten nöthig; andere 2) worinn von den gewöhnlichen nur einige zu beobachten, die übrige nachgelassen sind; noch andere 3) worinn statt der gewöhnlichen, ganz eigne besondere Feyerlichkeiten beobachtet werden müssen, deren aber doch nicht so viele, als der gewöhnlichen sind. Diese drey Gattungen von Testamenten heisen *privilegiata*, oder *minus solennia*. Ich sage: es giebt Testamente, worinn alle Solennitäten nachgelassen sind. Dahin gehört a) das Testament eines Soldaten und b) das, worinn eine *pia causa* eingesetzt wird. Die, worinn einige Solennitäten fehlen dürfen, sind a) das zur Pestzeit, b) das auf dem Land verfertigte, und c) eines, worinn die Intestaterben eingesetzt sind, die in einem vorhergehenden letzten Willen ausgeschlossen waren. Endlich ein Testament, in welchem ganz eigene Solennitäten vorgeschrieben sind, doch weniger als bey den solennen Testamenten, ist das, welches Eltern unter Kindern machen.

§. 452. Vom militarischen Testament.

Das erste Testament also, welches gar keiner Solennitäten bedarf, ist das militarische. Schon in den ältesten Zeiten, vor den Gesetzen der 12.

Tafeln, hatten die Römer ein privilegirtes militarisches Testament. Wenn nemlich die Soldaten zum Treffen aufmarschirten, ihre Schilder ergriffen, und die Toga auf gewisse Art um sich wickelten, um bequemer fechten zu können (welches cinctus Gabinus hieß): so konnten sie vor drey Zeugen einen Erben nennen. Dies Testament hieß *testamentum procinctum* oder *in procinctu factum*. In den neuern Zeiten kam es auffer Uebung (* 1). Das letzte Exempel findet man bey Vellejus Paterc. am a. O. um das Jahr 610. Zu Cicero's Zeiten hatte man diese Testamente nicht mehr (* 2). Indessen gaben Julius Cäsar, nachher Titus, Domitianus, Nerva und endlich Trajan den Soldaten wieder das Recht, ohne Solennitäten zu testiren (* 3). Ulpian sagt also mit Grund, daß sich das militarische Testament in den Verordnungen der Kayser gründe.

(1) Cicero de nat. Deor. lib. 2. cap. 3.
(2) Ausführlich hat von dieser Materie gehandelt *Schott* diss. de testamento in procinctu facto, in opusc. pag. 126.
(3) *Io. Abr. Ahasverus* de M. Cocceio Nerva Diss. 2. (Goett. 1752.) §. 27. sqq.

§. 453. Grundsätze von demselben.

Die bey diesem Testament festgestellte Grundsätze sind: 1) die Ursache des militarischen Privilegiums bey Testamenten ist *functio periculorum;* das heißt, die Lebensgefahr, worinn der Soldat schwebt, ist der Grund, warum er nicht an die gewöhnliche Testamentsfeyerlichkeiten gebunden ist. Justinian sagt zwar im pr. Inst. h. t. die Unwissenheit, und Trajan in der L. 1. D. de testam. milit die *simplicitas militum* sey der Grund; allein auf diese Weise müßten alle Bauern ein gleiches Recht haben, bey denen dieselbe Unwissenheit und simplicitas statt findet. Die wahre Ursache ist also vielmehr die vorhin angeführte: periculorum functio.

Aber es fragt sich: 1) wie ist dieß zu verstehen; heißt es so viel, die Soldaten haben zur Belohnung für die Lebensgefahren, denen sie sich zum Besten des Staats aussetzen, dieses Privilegium; sie können sich dessen also zu allen Zeiten und an allen Orten bedienen, oder heißt es: der Soldat ist deswegen privilegirt, weil er in der dringenden Lebensgefahr auffer Stand ist, die gewöhnliche Feyerlichkeiten zu beobachten; er ist also nur privilegirt, wenn und so lang er in Lebensgefahr ist. Ich halte die letzte Erklärung für die richtigste. Denn es wäre ein seltsamer Gedanke, einen Menschen, der sein Leben für den Staat wagt, damit belohnen zu wollen, daß man ihm erlaubte, ein Testament ohne Feyerlichkeiten zu machen.

2) Der Soldat ist auf verschiedene Art privilegirt, a) in Ansehung der Materie, b) in Rücksicht auf die Form des Testamentes; das heißt, er ist a) nicht schuldig in seinem Testament die Verordnungen zu machen, welche

ein

ein paganus, d. i. Bürger, der nicht Soldat ist, zu machen verbunden ist; (man sehe den 454. §.) er ist auch b) nicht verbunden, diejenige äusserliche Formalitäten zu beobachten, die der paganus beobachten muß. (§. 455.) Endlich c) ist es ein besonderes Vorrecht, wie die zweyte Note sagt, daß ein Soldat testiren kann, wenn er seines Zustandes nicht gewiß ist. Nemlich ein paganus kann kein Testament machen, wenn er nicht gewiß versichert ist, daß er ein freyer Mensch, ein Bürger und ein pater familias sey. Wenn er z. E. zweifelt, ob er ein filius oder pater familias sey, weil er nicht weiß, ob sein Vater noch lebt, und in diesem Zweifel ein Testament macht: so ist es ungiltig, ob gleich der Zweifel ohne Grund, und der testator zur Zeit, als er das Testament machte, ein pater familias war; hingegen wenn der Soldat in einem solchen Zweifel testirt: so muß man zusehen, ob der Zweifel gegründet war, (das heißt, der Soldat hatte wirklich den Zustand nicht, der zur Testamentifaction gehört,) oder ungegründet. Im ersten Fall ist das Testament ungiltig, im letzten aber gilt es.

3) Wenn der Soldat sich seiner Privilegien bedienen will: so muß er in expeditione seyn. Was dieß heisse, ist abermals zweifelhaft. Nach der gemeinen Meynung ist der Soldat nur alsdann in expeditione, wenn er im Gefecht, oder dazu bereit ist, das heißt, den feindlichen Angrif entweder erwartet, oder den Feind verfolget. Einige aber glauben, daß der Soldat allezeit in expeditione sey, wenn er da ist, wo es der Dienst erfordert, also auch im Winterquartier, in einer ruhigen Garnison in Friedenszeiten sey er in expeditione. Nur in dem Fall, wenn er mit Urlaub um seiner eigenen Angelegenheiten willen vom Regiment entfernt ist, sey er extra expeditionem. Die gemeine Meynung aber ist offenbar nach dem, was bey dem ersten Axiom gesagt worden, die richtigste. Der Soldat ist nicht in Gefahr, wenn er nicht im Gefecht, auch nicht dazu bereit ist; also hat er auch nur in diesem Fall das Privilegium, und der §. 3. I. h. t. sagt ganz deutlich, ein Soldat könne *extra castra* nicht militarisch testiren. Nach den deutschen Gesetzen ist die Sache ausser Zweifel. Denn die angeführte Notariatsordnung giebt den Soldaten nur alsdann das Recht, ein privilegirtes Testament zu machen, wenn sie im Feld, oder Uebung des Streits sind. In Friedenszeiten also haben sie es nicht; auch im Krieg nicht, wenn sie im Winterquartier liegen, oder in einer ruhigen Garnison, wo kein Angrif zu befürchten ist (* 1).

Noch wird darüber gestritten: ob der Soldat ausser der Expedition gar kein Privilegium in Ansehung des Testaments habe? Die gemeine Meynung ist, er habe keines. Nur die beyden angeführten Schriftsteller (* 2) glauben, die Privilegien, welche dem Soldaten in Rücksicht auf die Form der Testamente zustehen, und die im §. 455. beschrieben sind, seyen auf die Expedition

eingeschränkt. Die Vorrechte aber, welche ein Soldat in Ansehung der Materialien habe, (s. den §. 454.) kämen ihm zu, er möchte sich aufhalten, wo er wolle. Ohne Schein ist diese Meynung nicht, aber sie läßt sich doch nicht völlig erweisen.

(1) *Reinharth* ad *Christin.* vol. 4. obs. 9.
(2) Desgleichen *Henr. Io. Otto Koenig* diss. quamdiu valeat testamentum militare, pag. 11.

§. 454. Privilegien in Ansehung der Testamentsmaterie.

Die Privilegien, welche der Soldat bey der Materie oder bey dem Inhalt des Testaments hat, sind 1) daß er alle Personen zu Erben einsetzen kann; auch solche, die sonst nicht erbfähig sind, z. E. Ketzer, unprivilegirte Gesellschaften. (Man sehe §. 485. 486.) 2) Er kann seine Kinder, Eltern, und Geschwister enterben, und mit Stillschweigen übergehen. Sie können daher auch die Klage nicht gegen das Testament anstellen, welche den enterbten Kindern, Eltern und Geschwistern eines pagani zustehet, querelam inofficiosi. 3) Wenn ihm nach Verfertigung seines Testaments noch ein Kind gebohren wird: so wird dadurch das Testament nicht ungiltig; wofern er nemlich zur Zeit des Testaments gewußt hat, daß der posthumus kommen würde (*[1]). 4) Er kann über einen Theil seines Vermögens testiren, und in Ansehung des Ueberrestes die Intestaterbfolge gelten lassen. Z. E. wenn der Soldat sagt: A soll mein Erbe seyn auf ein Drittheil meines Vermögens: so bekommt A auch nicht mehr, als ein Drittheil. Die andern zwey Drittheile fallen auf die Intestaterben. Der Soldat kann also pro parte testatus, pro parte intestatus sterben. 5) Er kann mehrere Testamente machen. Dieß ist so zu verstehen: wenn ein Soldat mehrere Testamente hinterläßt: so streiten sie entweder mit einander, (z. E. in jedem ist ein Universalerbe ernennt), oder nicht; z. E. in einem ist A auf $\frac{1}{4}$, im andern B auf $\frac{3}{4}$ eingesetzt; oder im ersten ist A zum Erben des Hauses, im zweyten aber B als Erbe des Landgutes eingesetzt, u. d. gl. Streiten die Testamente nicht: so gelten sie alle. Streiten sie aber: so hat entweder der Soldat erklärt, daß sie zusammen gelten sollen, oder nicht. Hat er dieses erklärt: so gilt seine Declaration. Die mehrere eingesetzte Universalerben werden als Miterben angesehen, und theilen sich in die Erbschaft (*[2]). Wenn aber der Soldat eine solche Erklärung nicht gethan hat: so gilt das letzte Testament, und das erste wird für aufgehoben geachtet. 6) Ein Soldat kann einen directen Erben in einem Codicill ernennen. Dieß ist eigentlich widersprechend; denn ein letzter Wille, worinn ein directer Erbe ernennt ist, ist ein Testament, und ein Codicill heißt der letzte Wille, welcher keine directe Erbeseinsetzung erhält. Indessen passirt dem Soldaten auch diese contradictorische Disposition. Wenn nemlich ein Soldat decla-

declarirt, daß sein letzter Wille kein Testament, sondern ein bloses Codicill seyn solle, indessen darinn doch einen directen Erben ernennt: so ist die Einsetzung giltig. 7) Er kann substituiren, wie er will. Dieser Satz wird im 512. §. erst deutlich gemacht werden können. Endlich kann der Soldat 8) mehr vermachen, als das Falcidische Gesetz erlaubt. Auch dieser Satz läßt sich hier nicht erklären, sondern wird erst im 22ten Titel verständlich werden (*[3]).

(1) L. 7. D. L. 10. C. (VI. 21.) de testam. mil. Dieses Privilegium der Soldaten (n. 2. und 3.) ist durch die Nov. 115. cap. 3. 4. und Nov. 123. cap. 19. nicht aufgehoben; *Püttmann* opusc. pag. 25. es gilt auch in der Praxis. *Harprecht* diss. de testam. pagani in hostico, n. 116. *Reinharth* diss. de exheredat. bona mente, p. 12. sqq.

(2) Wie aber, wenn ein paganus im zweyten Testament sagte, er wolle hiedurch sein erstes Testament nicht aufgehoben haben; was ist Rechtens? Wenn aus der Erklärung des Testators oder aus den Umständen erhellet, daß das erste Testament als ein Fideicommiß gelten soll: so ist die Sache klar. Der im letzten Testament eingesetzte Erbe trit die Erbschaft an, und restituirt sie dem im ersten Testament ernannten. L. 12. §. 1. D. de iniusto, rupto, irr. Aber wenn dieß nicht erhellet, können nun beyde Testamente iure directo gelten, und die darinn ernennte Erben als Miterben angesehen werden? *Stryk* caut. testam. cap. 24. §. 59. *Mollenbec.* diss. de duobus testam. simul validis, cap. 1. §. 4. und andere behaupten, daß auch in diesem Fall das erste Testament nur als ein Fideicommiß bestehen könne. Ich bin aber von der Richtigkeit dieser Meynung nicht überzeugt. Wenigstens läßt sie sich meines Erachtens in Deutschland nicht anwenden. *Voet.* ad Pand. tit. de iniust. rupt. irrit. §. 8.

(3) In einigen Stücken ist der Soldat nicht privilegirt. Er ist an die legem Aeliam Sentiam gebunden; (§. 87.) L. 29. §. 1. D. h. t. Die conditio iurisiurandi ist auch in einem Soldatentestament verboten, L. 29. §. 2. cit. (§. 492.) und überhaupt eine jede schändliche Bedingung wird auch hier für nicht beygefügt angesehen, L. cit. (§. 493.) Er darf so wenig, als ein paganus eine captatorische Disposition machen. L. 11. Cod. h. t. (VI. 21.) (§. 579.) Etwas besonderes ist es, daß eine Weibsperson, die mit einem Soldat in Unzucht gelebt hat, mulier, in quam turpis suspicio cadere potest, wie L. 41. §. 1. h. t. sagt, aus seinem Testament nichts erhalten kann, da doch ein Nichtsoldat solchen Weibspersonen etwas hinterlassen darf. *Eisenhard* progr. ad cit. L. 41. in opusc. p. 201. sqq. *Vrihof* orat.

§. 455. Privilegien bey der Testamentsform.

Die militarischen Privilegien bey der Form des Testaments sind 1) daß der Soldat zu dem schriftlichen Testament gar keine Zeugen zu nehmen braucht. Es ist genug, wenn man versichert ist, daß er es ge- oder unterschrieben habe. 2) Will er ein mündliches Testament machen: so hat er nur zwey Zeugen nöthig, und diese sind nicht der Solennität, sondern nur des Beweises wegen da. Sie brauchen also nicht rogirt zu seyn; er kann solche Personen zu Zeugen nehmen, die im Testament eines pagani nicht zulässig sind, z. E. Weibs-

personen. (§. 445.) 3) Nur das einzige wird erfordert, daß man versichert seyn muß, der Soldat habe im Ernst und wohlbedächtlich einen zum Erben eingesetzt. Wenn er also discursweise zu seinem Cameraden sagt: du sollst mein Erbe seyn, du sollst einmal alles haben, wenn ich sterbe: so kann dieß nicht als ein Testament gelten.

§. 456. Von dem Recht einiger Personen, welche keine Soldaten sind, militarisch zu testiren.

Das Privilegium, welches den Soldaten in Ansehung der Testamente ertheilt ist, kommt auch in gewisser Maaße allen andern Personen zu, die mit den Soldaten im Feld sind, und sich in gleicher Lebensgefahr befinden. Dahin gehören 1) solche, die Amtshalben mit im Feld sind, Feldprediger, Auditeur, Chirurgi, Feldapotheker, Commissäre, Feldbecker, u. d. gl. 2) Auch diejenigen, die sich freywillig bey der Armee aufhalten, z. E. Soldatenweiber, Volontäre, Marquetender, Spionen, u. d. gl. Ich sage, es kommt ihnen in gewisser Maaße zu. Der Unterschied zwischen ihnen und einem Soldaten ist, daß sie a) nicht anders, als bey einer ganz nahen Gefahr, si in hostico deprehenduntur, wie die Gesetze sagen, militarisch testiren können (*1); also während des Treffens, oder wenn die Armee in Schlachtordnung steht, oder doch die Anstalten zur Schlacht gemacht werden; ferner wenn der Feind sie verfolgt; wenn sie in einer belagerten Stadt sind u. s. w. b) Daß ihr Testament nur alsdann giltig ist, wenn sie in derselben Gefahr, in hostico, umkommen (*2), welches bey Soldaten anders ist, wie wir im folgenden Abschnitt sehen werden (*3).

(1) *Harpprecht* diss. de testamento pagani in hostico condito, part. 2. n. 80. sqq.
(2) *Harpprecht* l. c. §. 93. sqq. *Koenig* l. c. §. 11.
(3) Ob dergleichen Leute blos in Ansehung der Form, oder auch in Rücksicht auf die Materie des Testaments privilegirt sind, ist zweifelhaft. Jenes behauptet *Koenig* l. c. pag. 25. dieses *Harpprecht* l. c. §. 21. sqq. §. 52. sqq.

§. 457. Fortsetzung.

1) Nur ein wirklicher Soldat kann militarisch testiren; wenn also ein paganus ein Testament ohne gehörige Solennitäten gemacht hat, und darauf Soldat wird: so wird das Testament nicht giltig; ausser wenn er durch Worte oder Werke zu erkennen giebt, er wölle, daß es gelten solle (*1). Ich sage: durch **Werke**. Dergleichen sind z. E. wenn der Soldat das Testament wieder durchgelesen und versiegelt hat, oder das erste Siegel erbricht, und ein neues darauf setzt, oder etwas im Testament ändert, zusetzt u. d. gl. 2) Wenn ein Soldat ein militarisches Testament gemacht hat: so bleibt er entweder

Soldat,

Soldat, und ſtirbt in dieſem Stand, oder bekommt ſeinen Abſchied. Im erſten Fall gilt das Teſtament beſtändig, er mag ſo lang leben, als er will. Im letzten aber muß man zuſehen, aus welcher Urſache der Abſchied erfolgt. Iſt es a) ein ehrenvoller Abſchied, (miſſio honeſta) welchen bey den Römern ein Soldat erhielt, wenn er ſo viele Jahre gedient hatte, als jeder Bürger dienen mußte; oder b) wird der Soldat wegen ſeiner Bleſſuren, Kränklichkeit u. d. gl. als Invalid verabſchiedet, (die Römer ſagen, ſi miſſio cauſaria eſt:) ſo gilt das Teſtament noch Ein Jahr lang; das heißt, wenn er ſtirbt, ehe Ein Jahr nach erhaltenem Abſchied verfloſſen iſt: ſo gilt das Teſtament; ſtirbt er nach Verlauf eines Jahrs: ſo gilt es nicht. Endlich c) wenn er eines Verbrechens wegen weggejagt wird, (ſi miſſio ignominioſa eſt) ſo verliert das Teſtament ſogleich ſeine Giltigkeit (* 2).

(1) Das Gegentheil ſcheint zwar Ulpian in der L. 15. §. 2. D. h. t. zu ſagen. Aber man ſehe *Vinn.* ad §. 4. h. t. n. 3. *D'Espeiſſes* oeuvres tom. 2. pag. 37. (tertio).

(2) *Koenig* diſſ. cit.

§. 458. Ob ein filius familias militariſch teſtiren kann?

1) Ein filius familias kann kein Teſtament machen, er ſey Soldat oder paganus. 2) Eine Ausnahme findet ſtatt, wenn er ein peculium caſtrenſe oder quaſi caſtrenſe hat. Darüber kann er teſtiren, und hat dabey, er mag Soldat ſeyn oder nicht, das beſondere Privilegium, daß gegen das Teſtament keine querela inofficioſi ſtatt findet. 3) Iſt der Sohn, welcher über ein ſolches peculium teſtiren will, ein Soldat: ſo hat er auch die übrigen Privilegien der Soldaten bey der Teſtamentifaction. Iſt er hingegen kein Soldat: ſo muß er die andern gemeinen Rechte beobachten. Wenn alſo z. E. ein veteranus (§. 62.) über ſein peculium caſtrenſe teſtiren will: ſo muß er es auf die gewöhnliche Art thun (* 1).

(1) Anfangs hatten nur wirkliche Soldaten das Recht über ihr peculium caſtrenſe zu teſtiren. Hadrian aber erlaubte jedem filio familias, über dergleichen peculium ein Teſtament zu machen. Was alſo zuvor ein Privilegium der Perſonen war, wurde nun ein Vorrecht der Sachen. Endlich wurde dem peculio quaſi caſtrenſi ein gleiches Recht ertheilt, pr. I. quibus non eſt permiſſum, ibique *Vinnius*.

§. 459. Deutſches Recht.

Nach dem Römiſchen Recht kann ein Soldat in der Expedition ein mündliches Teſtament vor zwey, ein ſchriftliches ohne alle Zeugen machen. Die deutſchen Geſetze aber, nemlich die Notariatsordnung Kayſer Maximilians I. diſtinguiren zwiſchen einem Soldaten, der im wirklichen Gefecht iſt, und einem ſolchen, der zwar gegen den Feind ſteht, aber doch nicht im Gefechte, oder,

wie

wie die Worte heissen, nicht in Uebung des Streits ist. Jener kann testiren, wie es das Römische Recht erlaubt; dieser aber muß zwey Zeugen ziehen, er mag nun mündlich oder schriftlich testiren (* 1). Dieses Gesetz beruhet auf der Meynung der Glossatoren ad §. 1. I. h. t. welche glauben, daß jene Distinction zwischen einem Soldaten, der im Feld, und einem, der im wirklichen Streit ist, auch schon im Römischen Recht gegründet sey (* 2).

(1) *Grassi* collat. iur. rom. cum Recess. Imperii p. 140. sqq. *Reinharth* ad *Christ.* vol. 4. obs. 9.

(2) Aber mit Unrecht. *Enenckel* de privil. milit. lib. 2. privil. 16. n. 62. sqq.

§. 460. Vom Testament der Eltern unter den Kindern.

Das zweyte privilegirte Testament ist das, welches Eltern unter Kindern machen. Man versteht darunter ein Testament, worinn Ascendenten, Vater oder Mutter, Großvater oder Großmutter u. s. w. erklären, welches Kind oder Enkel erben, und wie viel jedes bekommen soll. Der Grund des privilegii ist die Ehrerbietung, welche die Kinder den Eltern schuldig sind, und welche nicht leidet, daß sie das Testament der Eltern wegen einer mangelnden Feyerlichkeit bestreiten (* 1). Das privilegium selbst besteht darinn: die Eltern testiren entweder mündlich oder schriftlich. Im ersten Fall sind zwey Zeugen erforderlich, doch nur zum Beweis, nicht der Solennität wegen. Im letzten Fall sind keine Zeugen nöthig (* 2), sondern nur folgende Puncte zu beobachten: a) die Eltern müssen das Testament schreiben oder unterschreiben. b) Den Erbtheil, welchen jedes Kind haben soll, deutlich, das heißt mit Buchstaben, nicht mit Ziffern schreiben (* 3). Z. E. man muß schreiben: mein ältester Sohn soll ein Siebentheil haben; und nicht: er soll $\frac{1}{7}$ haben. c) Das Datum, Jahr und Tag muß beygesetzt werden. Die 107. Novelle erfordert zwar dieß, wenn man das griechische Original liest, nicht. Sie sagt nur: wenn die Eltern das Datum beysetzen: so sollen sie es mit eigner Hand thun (* 4). Aber nach der gemeinen Uebersetzung (versione vulgata) ist es nöthig, und da diese in der Praxis gilt, das Gesetz auch seinen guten Grund hat (* 5): (§. 12.) so muß man sich darnach richten (* 6).

Ich habe gesagt: im Testament unter Kindern werde bestimmt, welches von den Kindern erben solle. Also ist es auch erlaubt, in diesem Testament Kinder zu enterben; denn in einem letzten Willen, worinn man Erben ernennen kann, darf man auch enterben, und da man in allen übrigen privilegirten Testamenten die Kinder enterben kann: so muß es auch in diesem geschehen dürfen (* 7). Indessen sind viele Rechtsgelehrte (* 8) anderer Meynung. Ich habe ferner gesagt: das mündliche Testament der Eltern unter Kindern erfordere nur zwey Zeugen. Aber auch dieses ist noch nicht ausgemacht.

macht. Denn verschiedene Juristen leugnen, daß die Eltern unter Kindern ein privilegirtes mündliches Testament machen können (*9). Indessen ist die bejahende Meynung in der Praxis angenommen (*10).

Anmerkung. Können die Eltern, welche unter Kindern testiren, eine fremde Person einmischen; das heißt, eine Person zum Erben ernennen oder mit einem Vermächtniß bedenken, die nicht in der Zahl der Kinder ist? Z. E. wenn der Vater ein Testament unter den Kindern macht, kann er seine Ehefrau mit einsetzen, oder ihr etwas vermachen? Daß keine fremde Person zum Erben eingesetzt werden könne, ist gewiß (*11). Aber kann sie ein Vermächtniß bekommen? Hier hat man drey verschiedene Meynungen. Die erste ist: es könne geschehen, und es würden keine Zeugen dazu erfordert (*12). Die zweyte: wenn eine fremde Person in einem solchen Testament bedacht werden soll: so müssen die gewöhnlichen Solennitäten beobachtet werden; also müssen 5 Zeugen zugezogen werden (*13). Die dritte Meynung geht dahin, daß zwey Zeugen hinlänglich seyen, und diese ist in der Praxis angenommen (*14).

(1) *Enenckel* de privileg. parent. et liberor. privil. 15. cap. 1. n. 6.

(2) Die Notariatsordnung vom J. 1512. Tit. von Testamenten, §. 2. erfordert zwar überhaupt zwey Zeugen im Testament der Eltern. Allein, da ihre Vorschrift undeutlich ist: so erklärt man sie billig, dem Römischen Recht gemäß, nur von mündlichen Testamenten. *Wernher* part. 5. obs. 154. S. auch *Spitz* diss. quaest. forens. divex. quaest. 1. (Erf. 1769.)

(3) *Pufendorf* tom. 3. obs. 5. Strube rechtl. Bed. 4. Theil, 27. Seite. Wenn indessen die Ziffern ganz deutlich sind, daß keine Ungewißheit statt findet: so wollen einige das Testament nicht für ungiltig halten. *Enenckel* l. c. cap. 2. n. 10. Anderer Meynung ist *Ludwell* tract. de ult. volunt. p. 339.

(4) *Pufendorf* l. c.

(5) Wenn nemlich kein Datum unter dem Testament steht: so ist man nicht versichert, daß es zu seiner Vollkommenheit gekommen ist. Es kann ein Project, ein Entwurf seyn, dergleichen zuweilen die Eltern aufsetzen, ohne die Absicht, daß es dabey bleiben solle.

(6) *Leyser* sp. 367. med. 3. *Wahl* diss. de iusta lib. hered. instit. forma, p. 18. Doch s. man *Koenig* diss. de parent. inter lib. disponent. §. 7. Die Worte der Novelle sind: Nos igitur omnia clara et aperta consistere volentes, (quid enim sic proprium est legum sicut claritas, maxime super defunctorum dispositionibus) volumus, si quis literas sciens, inter suos filios voluerit facere dispositionem, primum quidem eius subscriptione tempus declaret; deinde quoque filiorum nomina propria manu, ad hoc uncias, in quibus scripsit eos heredes non signis numerorum, sed per totas literas declarandas, ut utique clarae et indubitatae consistant. Verschiedene, z. E. *Engau* part. 2. decis. 91. n. 2. decis. 155. n. 1. *Reinharth* ad *Christ.* vol. 4. obs. 17. n. 10. pag. 12. *Grupen* discept. for. cap. 3. §. 5. p. 293. behaupten, das vierte Erforderniß eines solchen Testaments sey, daß die Eltern alle Kinder mit Namen nennen,

und diese Namen mit eigner Hand und ohne Abkürzungen schreiben müßten. Allein, daß die Kinder schlechterdings mit Namen genennt werden sollen, steht nicht im Gesetz. Warum sollen die Eltern nicht sagen dürfen, mein jüngster Sohn, meine älteste Tochter ꝛc. Daß die Namen nicht mit Abkürzungen geschrieben werden sollen, ist gar nicht verordnet. Und ob die Eltern die Namen der Kinder mit eigner Hand schreiben müssen, ist zweifelhaft, indem Justinian bey solennen Testamenten seine Vorschrift, die Namen des Erben mit eigner Hand zu schreiben, wieder aufgehoben hat. *Leyser* sp. 367. med. 5. *Pufendorf* tom. 3. obs. 5. §. 2. Doch s. auch *Zoller* diss. de liberis exheredibus in testam. minus solenni parent. (Lips. 1765.) pag. 9. Endlich wollen auch fünftens einige Rechtsgelehrten, z. E. Gruben am a. O. daß das Datum nicht abgekürzt, und nicht mit Ziffern geschrieben werde, nicht den 10. Jan. sondern den zehenden Januar. Davon steht aber kein Wort in der Novelle.

(7) *Cocceii* iur. controv. tit. de test. mil. quaest. 10. *Stryk* caut. testam. cap. 10. §. 18. *Lauterbach* coll. th. pr. h. t. §. 31. *Weidling* diss. de testam. quae parentes ex privilegio Nov. 107. inter lib. suos condere possunt, §. 23. *Reinharth* diss. de exheredat. bona mente, pag. 6.

(8) *Faber* error. pragmat. dec. 36. error. 5. *Struv.* Ex. 32. th. 19. *Walch* controvers. pag. 229. *Wiesand* obs. iur. rom. et saxon. spec. 11. n. 2. *Wahl* l. c. pag. 47. *Frid. Gottl. Zoller* diss. cit.

(9) *Faber* l. c. dec. 35. err. 4. *God. Lud. Mencken* diss. de testamento par. inter lib. iure civili sine scriptura invalido, in opusc. num. 19. und *Walch* controvers. pag. 227.

(10) *Vinn.* sel. quaest. lib. 2. cap. 18. *Grassi* collat. iur. rom. cum Recess. Imper. p. 159. *Struv.* Ex. 33. th. 18. ibique *Müller* not. o. *Leyser* spec. 377. med. 10. cor. 2. *Slevogt* diss. de testam. parent. inter lib. pag. 56. sqq. *Io. Tob. Carrach* diss. de dispos. par. inter lib. nuncupativis.

(11) L. fin. C. famil. herciss. (III. 36.) L. 21. §. 1. C. de testam. (VI. 23.)

(12) *Schilter* Ex. 38. th. 125. Hertel polit. Thee- und Caffeetasse, 103. Gout. 263. Seite.

(13) Nach der L. 21. §. 1. C. de testam. von Theodosius und Valentinian gelten die legata extraneo relicta in testamento parentum inter liberos ex sola scriptura parentis nicht. Justinian verordnet aber in der Nov. 107. cap. 1. Wenn der testator seiner Frau, oder andern Personen legata, oder fideicommissa hinterlassen wolle, und diese Verordnung mit eigener Hand schreibe, darauf auch vor Zeugen erkläre, daß er alles im Testament verordnete gehalten wissen wolle: so sollten die Legate und Fideicommisse giltig seyn. Wenn also gleich die Zeugen das Testament nicht unterschreiben: so gilt es dennoch, testatoris manus et lingua habet omnem virtutem chartae praebitam, wie er sagt. In der Auth. quod sine Cod. de testam. aber heißt es: in quo (testamento parentum inter liberos) et aliis legari et fideicommitti potest. Da die Authentica unbestimmt, die Novelle aber bestimmter redet; da ferner Justinian Zeugen überhaupt erfordert, mithin ohne Zweifel die gesetzliche Zahl verlangt, diese aber bey Legaten und Fideicommissen fünfe ist: so halte ich die zweyte im §. vorgetragene Meynung für die richtigste. *Stryk* de caut. test. cap. 10. §. 22. *Pufendorf* tom. 2. obs. 31. §. 4. pag. 124. *Io. Flor. Rivinus* in diss. de test.

par.

par. inter lib. §. 17. *G. L. Boehmer* diſſ. de liberis fideicommiſſo oneratis, §. 7. *Walch* controverſ. pag. 229. *Berger* part. 1. reſp. 256.

(14) *Cocceii* iur. contr. h. t. q. 9. *Ludolf* ſymphor. tom. 2. conſult. 6. pag. 258. *Leyſer* ſpec. 367. med. 6. Cramer Nebenſt. 44. Theil, 3. Seite. *Harpprecht* diſſ. de admixtione perſonae extraneae in diſpoſit. par. int. lib. n. 239. Deciſ. Caſſellan. tom. 1. dec. 21. Indeſſen ſ. *Manz* de teſtam. valido vel inval. (edit. tert.) append. p. 1177. n. 26. Die dritte Ausgabe dieſes Buches enthält nicht nur viele Zuſätze in dem Manziſchen Text, ſondern auch acht ganz neue Capitel.

§. 461. Teſtament, das zur Peſtzeit gemacht wird.

Das dritte privilegirte Teſtament iſt das zu Peſtzeiten errichtete. Das Geſetz, worinn dieſes Teſtament ſeinen Grund haben ſoll, iſt L. 8. C. de teſtam. (VI. 23.) Man erklärt es gemeiniglich auf folgende Art: Wenn eine Peſt oder andere anſteckende Krankheit graſſirt: ſo ſey der Umgang unter den Menſchen geſtöhrt, und es halte ſchwer, ſieben Zeugen auf einmal zu bekommen; denn man glaubt, wer ein Teſtament machen wolle, ſey von der graſſirenden Krankheit befallen, und man fürchte ſich, von ihm angeſteckt zu werden. Das Geſetz erlaube daher, daß man die Teſtamentszeugen nach und nach, ſo wie man ſie haben kann, herbey hole, und ihnen ſeinen letzten Willen mündlich eröfne, oder zur Unterſchrift vorlege. Nun redet zwar das Geſetz gar nicht von der Peſt, und verordnet auch das nicht, was jene Erklärung hineinlegt. Es enthält vielmehr folgenden Fall: Ich laſſe ſieben Zeugen zuſammen kommen, um ein Teſtament zu machen. Während des actus teſtandi wird ein Zeuge plötzlich krank, die übrigen, aus Furcht angeſteckt zu werden, zerſtreuen ſich, und der actus wird alſo unterbrochen. Die Frage iſt: ob dieſe Unterbrechung das Teſtament ungiltig mache? Die Geſetzgeber ſagen nein (* 1). Indeſſen iſt jene irrige Interpretation in der Praxis angenommen; ja einige Juriſten gehen noch weiter, und behaupten, daß nicht nur die unitas actus bey dergleichen Teſtament nachgelaſſen, ſondern auch fünf, oder wie andere wollen, gar zwey Zeugen dabey hinreichend ſeyn (* 2). Streitig iſt es, ob es zur Ausübung dieſes Privilegii genug ſey, daß die Krankheit in dem Ort graſſire, oder ob erfordert werde, daß ſie in dem Haus des Teſtators herrſche. Wenn die Krankheit ſo arg wäre, daß aller Umgang unter den Menſchen völlig aufgehoben wäre, wäre wohl ein Jeder an dem Ort befugt, ein privilegirtes Teſtament zu machen. Iſt ſie aber ſo anſteckend und bösartig nicht: ſo muß ſie im Haus des Teſtators ſeyn, wenn er ſich des Privilegiums bedienen will (* 3). Eben ſo wenig iſt ausgemacht, ob ein zur Peſtzeit gemachtes Teſtament ſeine Giltigkeit verliere, wenn die Peſt wieder aufhört, und der Teſtirer nicht daran ſtirbt (* 4). Einige glauben, es gelte nur Ein Jahr lang; die meiſte Rechtsgelehrten behaupten aber doch, und wie ich glaube mit Grund,

daß das Testament seine Giltigkeit auf immer behalte. Denn es ist Anfangs giltig gewesen, und kein Gesetz verordnet, daß es diese Giltigkeit verlieren solle.

(1) Dieß hat *Bachov* ad *Treutler* vol. 2. disp. 7. th. 6. lit. I. p. 281. besonders aber *Iac. Gothofredus* diss. de testam. temp. pestis condito, in oper. (Lugd. Bat. 1733. fol.) pag. 627. sqq. gezeigt. L. 8. und L. 28. C. de testam. handeln von einerley Fällen. S. auch *Marckart* interpret. recept. I. C. lect. lib. 2. cap. 16. *Püttmann* probabil. lib. 1. pag. 36. sq.

(2) *Leyser* spec. 368. med. 1. Diese Meynung ist bey dem R. Cammergericht angenommen. *Ruland* de commissar. P. 1. cap. 7. n. 2.

(3) *Leyser* l. c. in coroll.

(4) Man s. Hertel politische Thee- und Caffeetasse 110. Gout. 275. Seite.

§. 462. Von dem auf dem platten Lande errichteten Testament.

Ein viertes privilegirtes Testament ist das auf dem Lande gemachte. Ausser den Städten, in kleinen Dörfern, auf einsam liegenden Höfen, Mühlen u. d. g. kann man oft keine sieben Zeugen bekommen, welche schreiben können. Wer daher auf dem Land testirt, hat folgende Privilegien: 1) Er braucht nur fünf Zeugen zuzuziehen; 2) ein Zeuge kann für den andern unterschreiben, und wenn auch nur ein einziger schreiben kann: so darf er die Namen der übrigen vier unterschreiben. Uebrigens setzt dieses Privilegium einen Mangel an tüchtigen Zeugen voraus. Kann man also zur Zeit, da das Testament gemacht wird, a) sieben Zeugen haben, und der Testator hat nur sechs, oder fünf genommen; oder hat er b) Zeugen genommen, die des Schreibens unerfahren sind, und es wäre möglich gewesen, solche zu haben, die schreiben können: so ist das Testament ungiltig.

Noch zwey Fragen sind zu beantworten: 1) ist dieses Privilegium auf Bauersleute eingeschränkt, oder kann sich jeder, der auf dem Land testirt, z. E. ein Adelicher, Geistlicher, der auf dem Land wohnt, ein Reisender, der auf dem Land krank wird u. s. w. dessen bedienen? Ich glaube das letztere. Denn der Grund des Privilegiums trit bey diesen Personen so gut als bey den Bauersleuten ein (*1). Indessen sind viele Juristen anderer Meynung (*2). 2) Wenn ein Testament auf dem Land gemacht worden ist; jemand auftrit, der es bestreitet, und behauptet, man hätte mehr als fünf Zeugen, oder man hätte fünf Schreibkundige bekommen können: wer muß den Beweiß führen; muß der Kläger sein Vorgeben beweisen, oder der eingesetzte Erbe das Gegentheil darthun? Die meisten Juristen behaupten, der Kläger müsse beweisen, weil man auf dem Land selten sieben Personen, oder auch nur fünf schreibkundige Zeugen zusammen bekommen könne, folglich die Präsumtion gegen den Kläger streite (*3).

(1) *Walch*

(1) *Walch* controv. pag. 231.
(2) *Philippi* diſſ. de teſtament. hominum ruralium, cap. 2. §. 5. *Ludwell* de ult. vol. P. 2. c. 1. p. 212. *Stryk* caut. teſt. cap. 13. §. 5.
(3) *Philippi* loc. cit. cap. 4. §. 4. *Stryk* l. c. §. 9. *Brunnemann* ad L. fin. Cod. de teſtam. Anderer Meynung iſt *Hommel* in rhapſodia obſ. 452. pag. 470.

§. 463. Teſtament, worinn die Inteſtaterben oder eine milde Stiftung eingeſetzt ſind.

Das fünfte hieher gehörige Teſtament iſt das, worinn die Inteſtaterben, die vorhin ausgeſchloſſen waren, eingeſetzt ſind. Wenn nemlich jemand ſeine Inteſtaterben in einem Teſtament ausſchließt, darauf aber ein zweytes Teſtament macht, und darinn dieſe Erben (*1) einſetzt: ſo gilt das letzte Teſtament, obgleich nicht die gehörige Feyerlichkeiten dabey beobachtet; das heißt, es gilt, wenn nur fünf Zeugen dabey zugezogen worden ſind (*2). Der Grund iſt die Gunſt der Geſetzgeber gegen die Inteſtaterben.

Endlich das letzte privilegirte Teſtament iſt das, worinn eine milde Stiftung (pia cauſa) eingeſetzt iſt. Wenn nemlich Menſchenliebe und Frömmigkeit den Teſtirer zu ſeinem letzten Willen bewogen zu haben ſcheint: ſo heißt es ein Teſtament zu milden Stiftungen (ad pias cauſas). Dahin gehört ein Teſtament, worinn die Armen, eine Kirche, Kloſter, Hoſpital, Waiſenhaus, Schule eingeſetzt iſt, wenn der Teſtator ſein Vermögen zur Ausſtattung armer Mädchen, zu Stipendien für arme Studirende beſtimmt, u. d. g. Dieſes Teſtament gilt ohne alle Solennitäten. Viele Juriſten behaupten zwar, daß es zwey Zeugen zur Giltigkeit erfordere (*3). Aber ich halte das Gegentheil für richtiger (*4). Der Pabſt erfordert im angeführten Text die Zeugen blos um des Beweiſes willen. Indeſſen läßt ſich auch freylich vieles darwider ſagen (*5).

(1) Ob ſie alle eingeſetzt werden müſſen, oder ob es genug iſt, wenn einige eingeſetzt werden, iſt zweifelhaft. Man ſehe *Fachineum* in controv. lib. 4. cap. 6.
(2) Schon nach dem ältern Recht hatte ein mangelhaftes Teſtament, *teſtamentum poſterius imperfectum*, wie es in der L. 2. D. de iniuſt. heißt, die Wirkung, daß dadurch das vorhergehende rumpirt wurde, wenn in dem letztern die Inteſtaterben eingeſetzt waren. Das Geſetz ſagt: Tunc autem prius teſtamentum rumpitur, cum poſterius rite perfectum eſt; niſi forte poſterius vel iure militari ſit factum, vel in eo ſcriptus eſt, qui ab inteſtato venire poteſt; tunc enim et poſteriore non perfecto ſuperius rumpitur. Aber es fragt ſich: gilt denn deswegen nun auch das teſtamentum poſterius imperfectum? Das iſt nicht zu glauben. Das letzte Teſtament hat zwar den effectum rumpendi prius; allein es ſelbſt war darum nicht giltig, ſondern die darinn ernannte Erben ſuccedirten ab inteſtato. *Maranta* in opp. pag. 367. Theodoſius verordnete hierauf in der L. hac conſultiſſima 21. §. 1. C. de teſtam. (VI. 23.) zwey neue Puncte. 1) Das

letzte Teſtament ſollte nur den effectum rumpendi haben, wenn es vor 5 Zeugen gemacht ſey; 2) es ſollte in dieſem Fall gelten nicht als ein Teſtament, ſondern als eine ultima voluntas inteſtati, d. i. als eine diviſio hereditatis inter heredes ab inteſtato. *Schott* de poſteriori teſtam. imperf. p. 66. Einige Juriſten, z. E. *A. Faber* Err. pragm. dec. 37. em. 1. glauben, daß in der L. 2. D. de iniuſto, rupto &c. ein emblema Triboniani ſey, und daß iure Pandectarum ein teſtamentum poſterius imperfectum nicht den effectum rumpendi gehabt habe. Allein es iſt nicht Grund genug zu dieſer Behauptung vorhanden.

(3) *Merenda* controv. lib. 4. cap. 16. *Fachineus* lib. 4. cap. 3. *Zoeſius* ad decret. tit. de teſtament. n. 22. *Schilter* ex. 8. th. 14. *Rittershuſ.* in diſſ. iur. rom. et can. lib. 4. cap. 2. *Lauterbach* coll. th. pr. tit. de teſtam. mil. §. 50. *Harprecht* diſſ. de admixt. perſ. extran. in diſpoſ. par. int. lib. th. 30. ſeqq. *Pufendorf* tom. 2. obſ. 172.

(4) *Stryk* de caut. teſtam. cap. 12. §. 4. *Struv.* ex. 32. th. 23. *Lynker* centur. 3. deciſ. 226. *Hertel* Thee- und Caffeetaſſe, 112. Gout. 281. Seite. *Boehmer* I. E. P. lib. 3. tit. 29. §. 21. *Heimburg* Diſſ. de his, quae in ultima voluntate per ſcripturam privatam declarata piis cauſis relinquuntur. (Ien. 1736.) §. 21. ſqq.

(5) Ob auch einem andern in dieſem Teſtament ein Vermächtniß hinterlaſſen werden könne, unterſucht *Wolfg. Adam Schoepf* diſſ. de admixtione profanae cauſae in diſpoſit. ſuprema ad pias cauſas, Tübing. 1743. Nach den Geſetzen läßt ſich dieß nicht behaupten, aber nach der Praxis ſoll es angehen. Noch bemerke ich, daß *Bynkershoek* obſervat. iur. rom. lib. 2. cap. 2. p. 77. (edit. Hein.) behauptet, jemand, welcher gar keine Inteſtaterben hat, könne ohne alle Feyerlichkeiten teſtiren. Hier hätten wir alſo noch ein privilegirtes Teſtament, deſſen, ſoviel ich finden kann, auſſer Bynkershoek noch niemand gedacht hat. Allein L. 39. §. 1. de legat. III. welche Bynkershoek anführt, begründet ſeine Meynung nicht.

TIT. XII.

QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAMENTUM.

§. 464. Wer kann nicht teſtiren?

Ein jeder kann ein Teſtament machen, oder hat, wie die Juriſten reden, *teſtamenti factionem*, (ſc. activam), dem es die Geſetze nicht verbieten. Verboten aber iſt es 1) einigen aus Mangel des bürgerlichen Zuſtandes; 2) andern wegen Mangel der Vernunft; 3) andern wegen eines Leibesgebrechens, und 4) noch andern darum, weil ſie ein Verbrechen begangen haben. Merkwürdig iſt, daß einer, welcher den bürgerlichen Zuſtand hat, der zur Teſtamentifaction erfordert wird, aber daran zweifelt, ob er ihn habe, z. E. ein Bürger, welcher zweifelt, ob er das Bürgerrecht habe, nicht teſtiren kann.

kann. Eine Ausnahme kommt bey den Soldaten vor, wie wir oben gehört haben (§. 456.) (*1).

(1) Als die Weibspersonen noch unter der beständigen Tutel waren, konnten sie ohne ihres Vormundes Einwilligung kein Testament machen. Durch das Julische und Papisch-Poppäische Gesetz wurde eine ingenua von der Tutel frey, wenn sie drey, und eine libertina, wenn sie vier eheliche Kinder gebohren hatte. Nun konnte sie also auch nach Gefallen testiren, und stand nicht in Gefahr, daß der Inhalt ihres Testaments verrathen wurde, welches vorher durch den Vormund leicht geschehen konnte. Daraus ist es zu erklären, warum ein Vater in der L. 77. §. 24. de legat. II. seiner Tochter den Rath giebt, nicht eher zu testiren, als bis sie Kinder haben würde, und hinzusetzt: ita enim poterit sine periculo vivere, *Heinecc* ad L. Iul. lib. 2. cap. 11.

§. 465. Sklaven und Fremde können kein Testament machen.

Aus Mangel des bürgerlichen Zustandes kann nicht testiren, wer entweder nicht frey, oder kein Römischer Bürger ist. Daher können kein Testament machen 1) die Sklaven, und 2) die Bürger, welche in der Gefangenschaft sind; denn sie sind Sklaven; eben so wenig 3) die Fremden und ein ins Exilium geschickter Bürger. Hiebey ist mancherley anzumerken. 1) Wenn ein Bürger in der Gefangenschaft testiret, und nachher wieder frey wird: so gilt das Testament nicht. Denn man hat eine Regel im Römischen Recht, welche regula Catoniana heißt; sie sagt: testamentum, quod ab initio non valet, postea non potest convalescere. (§. 482.) 2) Macht ein Bürger ein Testament, und kommt nachher in die Gefangenschaft, stirbt auch darinn: so gilt das Testament wegen der Fiction des Cornelischen Gesetzes. Dieses Gesetz nemlich fingirte, der Bürger sey in dem Augenblick gestorben, da er gefangen wurde (*1). 3) Wenn ein Bürger testirt hat, darauf gefangen, endlich wieder auf rechtmäßige Art frey geworden ist: so kann sein Testament *iure postliminii* gelten. Denn er bekommt in diesem Fall seine durch die Gefangenschaft verlohrne Rechte wieder, sein Testament erhält daher auch wieder seine Giltigkeit. (§. 303.) 4) Unsere wahre Sklaven können so wenig, als die Römischen testiren, wohl aber die Leibeignen, (§. 70.) wenn nicht Landesgesetze oder Gewohnheiten ihnen dieses Recht versagen (*2). 5) Ein Fremder konnte bey den Römern testiren, wenn nach den Gesetzen seines Vaterlandes die Testamente giltig waren, nur hatte das Testament die Rechte und Wirkungen eines Römischen nicht. 6) Heutigestages können die Fremde testiren. Auth. omnes peregrini Cod. commun. de succeſſ. (VI. 59.) wenn ihnen nicht das ius albinagii im Weg stehet. (§. 91.) Auch einer, der des Landes verwiesen ist, kann testiren (*3). Hingegen wer in der Reichsacht ist, kann es nicht. (§. 91. 92.)

(1) L. 18

(1) L. 18. L. 22. pr. §. pr. §. 1. et 2. D. de captiv. et poſtlim. L. 1. §. 1. L. 18. D. ad L. Falcid.
(2) *Stryk* caut. teſtam. cap. 3. §. 46.
(3) *Schilter* ex. 38. th. 24. Doch ſehe man *Stryk* l. c. cap. 3. §. 51.

§. 466. Auch filii familias nicht.

Wer ein Teſtament machen will, muß pater oder mater familias ſeyn (*1). Denn die Geſetze der 12 Tafeln ſagen: *Pater familias* uti legaſſit u. ſ. w. (§. 438.) Daher kann ein filius familias weder ein Teſtament, noch ein Codicill (§. 622.) machen; ſelbſt alsdann nicht, wenn es ihm der Vater erlauben wollte. Denn wie kann der Vater dem Sohn etwas verſtatten, was ihm die Geſetze verbieten (*2)? Doch bemerke man 1) wenn der Sohn ein peculium caſtrenſe oder quaſi caſtrenſe hat: ſo kann er darüber teſtiren. Denn in Anſehung dieſes peculii wird der Sohn als ein pater familias angeſehen. Einige dehnen dieß auch auf das peculium adventitium extraordinarium aus (*3), aber ohne Grund (*4). 2) Wie aber, wenn ein pater familias teſtirt, und alsdann ſich arrogiren läßt? In dieſem Fall verliert das Teſtament ſeine Giltigkeit (irritum fit). Der angeführte §. 5. I. de teſtam. mil. ſetzt die Ausnahme hinzu: niſi miles ſit. Das ſoll wohl, wenn man L. 22. und 23. D. eod. tit. dazu nimmt, ſoviel heiſſen: wenn ein pater familias, welcher bona caſtrenſia, oder quaſi caſtrenſia beſitzt, ein Teſtament macht, und ſich nachher arrogiren läßt: ſo verliert das Teſtament ſeine Giltigkeit in Anſehung dieſer Güter nicht, ſondern nur in Abſicht auf das übrige Vermögen (*5). 3) Wenn ein filius familias, der kein peculium caſtrenſe oder quaſi caſtrenſe hat, teſtiret: ſo iſt ſein Teſtament ungiltig, und bleibt ungiltig, geſetzt auch, daß er nachher ſein eigner Herr (ſui iuris) wird. Denn die Catoniſche Regel ſagt: ein Teſtament, das im Anfang nicht gilt, kann in der Folge nicht giltig werden.

(1) Nach dem alten Römiſchen Recht ſtanden die Weiber unter einer beſtändigen Tutel, und konnten nicht anders als mit Einwilligung des Vormundes teſtiren. *Chriſt. Wilh. Küſtner* progr. de teſtam. feminae capite non minutae Lipſ. 1768.
(2) Dieß halte ich für die Urſache, warum ein filius familias nicht teſtiren konnte. Eine andere giebt *P. Faber* ſemeſtr. lib. 2. cap. 23. an. Daß das Römiſche Recht in dieſem Stück auch bey uns gelte, behaupten mit Grund *Reinharth* ad *Chriſtin.* vol. 4. obſ. 11. *Walch* controverſ. p. 152. Doch halten viele ein teſtamentum filii familias ad pias cauſas für giltig. *Reinharth* l. c. obſ. 10.
(3) *Locamer* quaeſt. Iuſtin. 220. *Rebhan* paralipom. *Meier.* dec. 4. qu. 8. Auch eine Particularemancipation, die zu dem Ende geſchieht, daß der Sohn teſtiren ſoll, hilft nichts. Gmelin und Elſäſſer gemeinnützige juriſt. Beobachtung. 2 Band. S. 228. u. f. f.
(4) L. 11. et 12. C. qui teſtam. fac. poſſ. (VI. 22.) ſind ganz deutlich. S. *Vinn.*

ad

ad §. 1. I. h. t. n. 6. *Stryk* caut. teſtam. cap. 3. §. 35. *Cocceji* iur. controv. tit. qui teſt. fac. poſſ. quaeſt. 5. *Schumacher* diſſ. de excluſione filiorum familias a teſtamenti factione quoad bona adventitia extraordinaria, (Goett. 1781.) cap. 2. §. 2. ſqq.

(5) In dem §. 5. I. de militar. teſtam. heißt es: denique et ſi in arrogationem datus fuerit miles, vel filius familias emancipatus eſt, teſtamentum eius *quaſi ex nova militis voluntate* valet, nec videtur capitis deminutione irritum fieri. Auch L. 22. D. eod. ſagt, das Teſtament gelte *quaſi ex nova militis voluntate*. Was dieſe Worte bedeuten ſollen, iſt ſchwer zu ſagen. *Enenckel* de privileg. milit. lib. 2. priv. 16. n. 37. glaubt, der Soldat müſſe nach der Emancipation oder Arrogation erklären, daß ſein Teſtament gelten ſolle. Allein wie kann man in dieſem Fall ſagen, daß es *quaſi* ex nova voluntate gelte?

§. 467. Wer den Gebrauch ſeines Verſtandes nicht hat; Verſchwender, Unmündige.

Das Teſtament iſt eine Willenserklärung. Daher kann niemand teſtiren, als wer den Gebrauch ſeiner Vernunft hat. Folglich 1) kein Blödſinniger und Raſender, wenn er nicht dilucida intervalla, das heißt, Zeiten hat, wo er ſeiner Vernunft vollkommen mächtig iſt. Daß jemand den geſunden Menſchenverſtand in gewöhnlichem Grad habe, iſt nicht nöthig. Daher kann ein ſtupider Menſch teſtiren (*1). Auch den Verſchwendern iſt die Errichtung eines Teſtaments verboten; wenn ſie nemlich von der Obrigkeit für ſolche erklärt ſind. Der Grund dieſes Verbotes iſt nicht ausgemacht (*2). Unſer Autor nimmt die gemeine Meynung an, ein Verſchwender ſey civiliter furioſus; ſey einem Blödſinnigen gleich zu achten, weil er eine unſinnige Wirthſchaft führt. In der angeführten Leoniſchen 39. Novelle wird zwar das Teſtament eines Verſchwenders alsdann für giltig erklärt, wenn es vernünftig iſt, und keine Spuren von verſchwenderiſchen Geſinnungen enthält. Aber die Leoniſchen Novellen ſind in Deutſchland nicht angenommen, inſonderheit die 39ſte nicht. Dieß iſt wenigſtens die richtigere Meynung (*3); wiewohl viele Juriſten das Gegentheil behaupten, und das Teſtament eines Verſchwenders, wenn es vernünftig iſt, für giltig halten (*4). 3) Die Unmündigen können nicht teſtiren. Majorenn braucht der Teſtator eben nicht zu ſeyn; auch ein Minderjähriger kann, und zwar ohne Conſens ſeines Vormundes, teſtiren (*5); aber mündig muß er ſeyn. Wenn jemand ein Teſtament gemacht hat, und darauf erſt ſeinen Verſtand verliert, oder für einen Verſchwender erklärt wird: ſo wird das Teſtament dadurch nicht ungiltig (*6).

(1) *Stryk* caut. teſt. cap. 3. §. 25. *Wernher* part. 1. obſ. 174. p. 160.

(2) *Em. Soarez a Ribeira* obſ. iur. lib. 1. cap. 12. Theſaur. Meerm. tom. 5. pag. 572. *Püttmann* probabil. lib. 2. cap. 2. pag. 16. *Gildemeiſter* progr. obſ. var. argument. (Brem. 1778.) obſ. 4.

(3) *Brunnemann* ad L. 18. D. qui teſtam. fac. poſſ. *Stryk* V. M. eod. tit. §. 12.

et in caut. teſtam. cap. 3. §. 27. *Eiſenhard* diſſ. de iure teſtandi prodigo non competente. Helmſt. 1749. *Madihn* Epiſt. de iure teſt. prodigis fruſtra vindicato. Halae 1771. *Walch* progr. de teſtam. prodigi iure germ. invalido. Ienae 1754. *Zepernick* ad *Beck*. de Nov. Leon. pag. 133.

(4) *Faber* ad Cod. lib. 5. tit. 38. def. un. n. 4. *Sande* Deciſ. Friſ. lib. 4. tit. 1. def. 3. *Carpzov*. part. 3. conſt. 17. def. 2. *Hanaccius* in Diſſ. ius teſtandi prodigo contra communem ſententiam aſſertum. Viteb. 1724. *Beck* de Novell. Leon. pag. 133. edit. noviſſ.

(5) *Wernher* ſel. obſ. for. tom. 2. part. 8. obſ. 450.

(6) §. 1. 2. I. h. t.

§. 468. Von Teſtamenten der Taubſtummen.

Kann ein Taubſtummer ein Teſtament machen? Entweder iſt er taub und ſtumm zugleich, oder allein taub, oder allein ſtumm. Iſt er a) beydes zuſammen, und zwar von Natur: ſo kann er nach Juſtinians Verordnung nicht teſtiren, vermuthlich weil Juſtinian ſich nicht vorſtellen konnte, daß ein ſolcher Menſch Begriffe von einem Teſtament haben und ſchreiben könne. Allein, da dieſer Fall möglich iſt, wie neuere Erfahrungen lehren: ſo kann auch ein von Natur Taubſtummer, nach Umſtänden, ein Teſtament machen. Iſt einer taub und ſtumm geworden, und kann ſchreiben: ſo hat er die Erlaubniß, ſchriftlich zu teſtiren. Kann er aber nicht ſchreiben: ſo fällt die Teſtamentifaction weg.

Wenn b) Jemand taub allein iſt: ſo kann er teſtiren, mündlich und ſchriftlich, er mag nun taub gebohren, oder es geworden ſeyn. Denn es giebt Menſchen, die taub gebohren ſind, und doch reden und ſchreiben lernen. Davon hat man, ſeitdem Heinecke, Arnoldi und andere ſich mit dem Unterricht der Taubſtummen beſchäftigt haben, Beyſpiele genug. Allein, ob man zu Juſtinians Zeiten auch dergleichen Menſchen gehabt habe, daran iſt billig zu zweifeln. Indeſſen nimmt er dieſen Fall im Geſetz als möglich an, weil, wie er ſagt, auch der taubſte Menſch höre, ſi quis ſupra cerebrum illius loquatur (*1).

Endlich c) wenn einer ſtumm allein iſt: ſo kann er ein ſchriftliches Teſtament machen, er ſey nun von Natur ſtumm, oder es erſt geworden (*2). In der Notariatsordnung K. Maximilians (*3) iſt dieſe Verordnung beſtätigt, indem es darinn heißt: es gehört zu einem jeden Teſtament, daß der, oder die, ſo Teſtamente machen, mit verſtändlichen Worten reden, oder aber ſchreiben können; denn welcher deren keines könnte, der wird darum einem Todten gleich geacht, und mag kein Teſtament machen. Durch Zeichen kann alſo ein Taubſtummer nicht teſtiren, wiewohl, wenn er ſonſt Begriffe von einer Erbeseinſetzung hat, es ihm der Landesherr durch Diſpenſation verſtatten kann (*4).

(1) *Mena-*

(1) *Menagii* amoenit. iur. civ. cap. 27.
(2) Ein Tauber oder Stummer konnte kein Teſtament per aes et libram machen; denn der Taube konnte die Worte des familiae emtoris nicht hören; der Stumme die bey dieſem Teſtament vorgeſchriebene feyerliche Worte (verba nuncupationis) nicht ausſprechen. *Ulpian* Tit. 20. §. 13. Auch kein Prätoriſches Teſtament konnte er machen. Wenigſtens ſagt L. 6. §. 1. D. qui teſtam. fac. poſſ. ganz allgemein, ein Tauber oder Stummer könne nicht teſtiren. Zuweilen aber erhielten dergleichen Leute vom Kayſer durch Diſpenſation die Erlaubniß zu teſtiren. L. 7. eod. Natürlicher weiſe mußten ſie den Kayſer mündlich oder ſchriftlich darum bitten. Wer alſo keines von beyden konnte, der konnte auch nicht teſtiren. Juſtinian erlaubte in der L. 10. C. qui teſtam. fac. poſſ. (VI. 22.) den Taubſtummen auf die beſchriebene Art, ohne Diſpenſation ein Teſtament zu machen. *Majanſii* diſſ. de ſurdorum et mutorum teſtamentifactione in diſput. vol. 1. num. 30.
(3) Notariatsordnung Max. I. vom Jahr 1512. Art. von Teſtamenten §. 4.
(4) *Pufendorf* obſ. tom. 3. obſ. 178. hat einen merkwürdigen hieher gehörigen Fall.

§. 469. Vom Teſtament eines Blinden.

Ein Blinder konnte nach dem alten Römiſchen Recht ein mündliches Teſtament machen, ſo wie es ein Sehender macht (*1). Nach der L. 8. C. alleg. (VI. 23.) hingegen, und der Notariatsordnung Art. von Teſtamenten §. 9. muß er folgendes beobachten: 1) er muß einen Notarius, oder, wenn dieſer nicht zu haben wäre, einen achten Zeugen zuziehen; 2) den Erben genau beſchreiben, ſeinen Namen, Stand, Amt, Profeſſion; weil er ſich leichter in der Perſon irren kann, als ein Sehender. 3) Wenn er das Teſtament mündlich gemacht hat: ſo muß es ſchriftlich aufgeſetzt (*2), von den Zeugen und dem Notarius unterſchrieben und beſiegelt werden. Wenn der Teſtirer hingegen vorher einen ſchriftlichen Aufſatz hat machen laſſen: ſo muß ihm dieſer 4) in Gegenwart der Zeugen vorgeleſen werden. Darauf muß er 5) erklären, daß dieß ſein letzter Wille ſey, und nun müſſen 6) Zeugen und Notarius ihn unterſchreiben und unterſiegeln. Das Teſtament eines Blinden iſt alſo aus einem mündlichen und ſchriftlichen zuſammengeſetzt. Verſchiedene behaupten, alles, was hier von dem Teſtament blinder Menſchen geſagt iſt, gelte auch von den Teſtamenten derer, die nicht leſen und ſchreiben können (*3). Allein ich kann mich davon nicht überzeugen. Daß ein ſolcher Menſch, wenn er ſchriftlich teſtiren will, acht Zeugen nehmen, und daß ihm das Teſtament vorgeleſen werden müſſe, gebe ich zu. Allein er kann auch mündlich teſtiren, und alsdann iſt weiter nichts erforderlich, als was bey dem Teſtament eines Schreibkundigen vorgeſchrieben iſt (*4).

(1) Paul. ſent. lib. 3. tit. 4.
(2) Dieß iſt die gemeine und wie ich glaube auch dem Geſetz nach richtige Meynung,

ſ. *Koehnen* diſſ. de forma teſtamenti externa a coeco obſervanda (Goett. 1782.) cap. 2. ſect. 1. §. 5. pag. 41. Das Gegentheil behauptet *Nettelbladt* diſſ. de teſtam. nuncupativo in ſcriptur. redacto, cap. 1. §. 11.

(3) *Nettelbladt* l. c. cap. 1. §. 12. *I. H. Boehmer* diſſ. de teſtam. non praelecto, §. 10.

(4) *Stryk* caut. teſt. cap. 4. §. 26.

§. 470. Perſonen, die zur Strafe nicht teſtiren können.

Einigen Perſonen iſt die Verfertigung eines Teſtaments zur Strafe verboten. Dergleichen ſind 1) die, welche das Laſter des Hochverraths (crimen perduellionis) begehen; das heißt, einen feindſeligen Anſchlag auf die Perſon des Landesherrn machen. 2) Die vom chriſtlichen Glauben abfallen, Juden, Heyden, Mahomedaner werden, desgleichen die Manichäer; denn nur von dieſen, und nicht von allen Ketzern, redet die angeführte L 4. §. 5. C. de haeret. (I. 5.) Wenn man es aber auch auf alle Ketzer ausdehnen wollte: ſo wird es doch in der Praxis nicht beobachtet (*[1]). 3) Wer eine blutſchänderiſche Ehe ſchließt. Denn die angeführte Auth. ſetzt auf den Inceſt die Strafe der Güterconfiſcation, wenn keine legitime Kinder aus einer vorhergehenden rechtmäßigen Ehe vorhanden ſind. Daß übrigens dieſe Strafe nur alsdann ſtatt findet, wenn jemand in einem nach Römiſchen Recht verbotenen Grad heyrathet, verſteht ſich von ſelbſt. 4) Wer einem andern ein öffentliches Verbrechen in einer Schrift vorwirft, und deswegen zur Strafe verurtheilt wird, verliert das Recht zu teſtiren. 5) Ferner haben die wegen eines Verbrechens zum Todt Verurtheilte das Recht zu teſtiren nicht. Denn das Vermögen ſolcher Leute wurde nach dem Römiſchen Recht ohne Unterſchied confiſcirt, weil ſie vor der Hinrichtung ſervi poenae wurden, folglich nichts eigenes haben konnten. (§. 68.) In der Nov. 22. cap. 8. iſt die ſervitus poenae, und in der angeführten 139. Novelle auch die Güterconfiſcation, aber nur in dem Fall aufgehoben, wenn der Verbrecher a) Deſcendenten, oder b) wenn er Aſcendenten vom erſten, zweyten, oder dritten Grad hat. Sind alſo dergleichen vorhanden: ſo haben ſie ein Recht auf die Erbſchaft, das ihnen der Erblaſſer nicht durch ein Teſtament nehmen kann, und ſind keine vorhanden: ſo gehört das Vermögen dem Fiſcus, und der zum Todt Verurtheilte kann es ihm eben ſo wenig durch ein Teſtament entziehen. Indeſſen geht der Gerichtsbrauch an manchen Orten in Deutſchland vom Römiſchen Recht ab (*[2]), und erlaubt den zum Todt verurtheilten die Teſtamentifaction. Ob dieſe Gewohnheit aber ſo allgemein ſey, wie ſie Menke und andere ausgeben, daran zweifle ich; von dem Brandenburgiſchen und Braunſchweigiſchen wenigſtens bezeugt Stryk am a. O. das Gegentheil ausdrücklich.

Endlich können auch 7) nach dem canoniſchen Recht, cap. 2. de uſur. in 6.

die,

die, welche unerlaubten Wucher treiben, (manifesti usurarii) zur Strafe kein Testament machen (*3).

(1) *Stryk* Us. mod. tit. qui testam. fac. poss. §. 61.
(2) *Schilter* Ex. 38. th. 28. *Struv.* Ex. 32. th. 8. *Lauterb.* coll. th. pr. tit. qui test. fac. poss. §. 28. *Stryk* caut. testam. cap. 3. §. 53. *Cocceii* iur. contr. tit. qui test. fac. poss. quaest. 4. *Lud. Menckens* Diss. de testamenti factione damnatis ad mortem iure civili denegata, et moribus plerisque asserta; in collect. Disput. num. 12. *Walch* diss. de donatione capite damnati, §. 15.
(3) *Wiesand* opusc. p. 119.

TIT. XIII.

DE LIBERIS EXHEREDANDIS.

§. 471. Uebergang zu dieser Materie.

In den Testamenten sind mancherley äussere willkührlich vorgeschriebene Erfordernisse, oder mit Einem Wort, Solennitäten nöthig, die wir bisher kennen gelernt haben. Das innere und wesentliche Erforderniß eines Testamentes ist die Erbeseinsetzung, und von dieser ist in gegenwärtigem und folgendem Titel die Rede. Sie ist entweder eine freywillige, oder nothwendige. Gewisse Personen nemlich muß man nach der Vorschrift der Gesetze einsetzen, andere kann man nach Gefallen einsetzen, oder übergehen. In diesem 13. Titel werden die Personen bestimmt, welche man einsetzen muß.

§. 472. Altes Römisches Recht bey der Enterbung.

In den alten Zeiten Roms konnte ein Testator schlechterdings einsetzen, wen er wollte. Denn man hielt sich streng an die Worte der 12 Tafelgesetze: pater familias uti legassit, ita ius esto. Daher konnte ein Vater seine Kinder, ein Kind seine Eltern, und die Geschwister einander nach Gefallen enterben (*1). Die Testatoren aber mißbrauchten zuweilen dieses Recht; sie enterbten ihre nächste Verwandten aus ganz nichtigen Ursachen. Daher wurde durch die Praxis der Centumviralgerichte (§. 57.) nach und nach eingeführt, daß Kinder, Eltern und Geschwister ein Testament anfechten könnten, worinn sie ohne hinlängliche Ursachen enterbt oder übergangen waren. Allein diese Praxis gieng so weit, daß man auch entferntern Verwandten eine solche Klage gestattete (*2). Daher wurde durch kayserliche Verordnungen festgesetzt, 1) daß nur Kinder, Eltern und Geschwister dazu gelassen werden sollten (*3); 2) daß sie wegfallen sollte, wenn einer auch nicht auf sein ganzes Erbtheil,

aber doch auf einen gewissen Theil, welcher der Pflichttheil, *portio legitima*, heißt, eingesetzt wäre (*4).

(1) Ob der Vater seine Kinder mit Stillschweigen übergehen (praeterire,) konnte, ist zweifelhaft. *Galvanus* de usufr. cap. 8. §. 13. sqq. *Car. Christ. Hofacker* diss. sistens historiam iuris civ. de exheredat. et praeterit. §. 4. und *Car. God. Winkler* diss. de diff. inter testamentum nullum et inofficios. cap. 3. behaupten die verneinende Meynung mit guten Gründen.

(2) Einige behaupten, auch Fremde, die nicht mit dem Verstorbenen verwandt gewesen, hätten klagen können. Allein dieß ist unerweislich, wie *Sezer* diss. observat. iur. civ. (Lipsi. 1768.) p. 15. sq. zeigt.

(3) Schon Ulpian sagt in der L. 1. D. de inoff. testam. Die Seitenverwandten *ultra fratrem* thäten besser, wenn sie sich keine Kosten mit einem Proceß machten, *cum obtinere spem non haberent*. Und aus der L. 21. C. de inoff. testam. erhellet, daß zu Diocletians und Maximians Zeiten die Seitenverwandten, ausser den Geschwistern, gar nicht mehr zu der Querel gelassen worden sind. *Heineccii* diss. de levis notae macula, §. 8. sqq. in opusc. pag. 274. sqq.

(4) *Winkler* l. c. Indessen will ich nicht leugnen, daß die Lehre vom Pflichttheil schon zu den Zeiten der freyen Republik aufgekommen ist. *Zepernick* diss. Praesid. *Nettelbladt* historia iur. civ. de legitima portione parentum, pag. 25.

§. 473. Neue Gesetze.

Nach diesem neuen Römischen Recht also müssen alle Personen, denen der Pflichrtheil gebührt, entweder in demselben eingesetzt, oder aus gerechten Ursachen davon ausgeschlossen werden. Es fragt sich: 1) was ist der Pflichttheil, 2) wem gehört er, 3) wie viel beträgt er? Der Pflichttheil ist ein Theil der Erbschaft, welcher gewissen Personen nach der Vorschrift der Gesetze nothwendig hinterlassen werden muß (*1). Die Personen, welchen er gebührt, sind a) die Kinder. Vom Vater können nur die ehlichen Kinder den Pflichttheil fordern, von der Mutter aber auch die unehlichen. b) Die Eltern, Großeltern, Urgroßeltern u. s. w. c) die Brüder und Schwestern, doch nur in dem Fall, wenn man eine schändliche Person einsetzen will. Alle Personen, welchen der Pflichttheil gebührt, heissen Notherben.

Erste Anmerkung. Allein es fragt sich: können denn alle Geschwister den Pflichttheil fordern, oder nur die germani und consanguinei? Fratres germani nemlich, vollbürtige Brüder, sind solche, die aus rechtmäßiger Ehe von demselben Vater und derselben Mutter erzeugt sind; consanguinei, die von Einem Vater, aber mit zwey Müttern aus verschiedenen Ehen erzeugt sind; uterini endlich, die Eine Mutter, aber verschiedene Väter haben. Man begnüge sich hier mit diesen Erklärungen, in der Lehre von der Intestaterbfolge werden bestimmtere gegeben werden. Ob die uterini den Pflichttheil fordern können, ist sehr zweifelhaft. Nach dem Recht des Coder gehört er ihnen nicht: aber wie steht es nach dem Recht der Novellen? Auch nach diesem

sprechen

sprechen viele den uterinis die legitimam ab (*2). Andere behaupten das Gegentheil (*3). In der Note will ich die Gründe beyder Theile anführen.

Zweyte Anmerkung. Die Geschwister können aber den Pflichttheil nicht fordern, als wenn ich eine schändliche, das heißt, eine Person zum Erben ernenne, welche ehrlos, infamia iuris laborans ist, oder levis notae, maculam in der Bedeutung des Römischen Rechts hat. (§. 62. Note) (*4). Wenn ich eine ehrbare Person einsetze: so bin ich meinen Geschwistern nichts schuldig (*5).

Wieviel ist der Pflichttheil? Nach dem alten Römischen Recht war er ohne Unterschied der vierte Theil dessen, was einer *ab intestato* würde bekommen haben. Nach der Nov. 18. aber ist der Pflichttheil zuweilen die Hälfte, zuweilen der dritte Theil. Nemlich, wenn vier oder weniger Personen vorhanden sind, die den Pflichttheil fordern können: so ist er der dritte Theil; sind aber fünf oder mehr Personen dazu vorhanden: so ist er die Hälfte. Z. E. wenn das Vermögen 12000 Rthlr. ist, und vier Kinder vorhanden sind: so trägt es Einem ab intestato 3000 Rthlr. davon ist der Pflichttheil ein Drittel, also 1000 Rthlr. Wenn das Vermögen aus 20000 Rthlr. bestünde, und fünf Kinder da wären: so erbt jedes ab intestato 4000. Der Pflichttheil ist die Hälfte, also 2000 Rthlr. Eben so ist es bey den Eltern und Geschwistern (*6). Man nehme an, einer stirbt, und hinterläßt seine beyde Eltern am Leben, das Vermögen ist 6000 Rthlr. Jedes der Eltern würde also ab intestato 3000 geerbt haben. Von dieser Summe ein Drittel ist der Pflichttheil. Dem Gedächtniß zur Hülfe hat man diese Sätze in folgende Verse gebracht:

Quatuor aut infra natis dant iura trientem,
Sed dant semissem liberis, si quinque vel ultra.

Ueber das übrige Vermögen, ausser dem Pflichttheil, kann ich disponiren wie ich will, und bin weder meinen Kindern, noch Eltern, noch Geschwistern es zu hinterlassen schuldig.

Noch einige Regeln vom Pflichttheil stehen in der Anmerkung. Die erste heißt: liberis et parentibus legitima titulo institutionis est relinquenda. Zum Verstand dieser Regel bemerke man: 1) Nach dem alten Römischen Recht war es einerley, unter welchem Titel einer den Pflichttheil bekam. Ein Enterbter konnte sich nicht beklagen, wenn er den Pflichttheil auch nur titulo legati, fideicommissi, dotis, donationis propter nuptias, oder mortis causa erhielt (*7). 2) Allein Justinian verordnete in der 115. Nov. cap. 3. sancimus, non licere penitus patri vel matri etc. suum filium vel filiam praeterire aut exheredare testamento; *nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommis-*

commissum, *vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem*, nisi probabuntur ingrati. Und cap. 5. *si qui* (Eltern oder Kinder) *heredes fuerint nominati, etiamsi certis rebus iussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus*; quidquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri. Also ist 3) soviel gewiß, wenn man den Kindern oder Eltern zwar den Pflichttheil hinterläßt, aber ohne sie zu Erben einzusetzen, sondern vielmehr erklärt, daß sie nicht Erben seyn sollen, z. E. ich sage: meine Tochter soll meine einzige und Universalerbin seyn, mein Sohn soll nichts, als den Pflichttheil haben: so kann das Testament bestritten werden. Das schadet wohl nichts, wenn der Testator sagte: ich vermache meinem Sohn, meinen Eltern den Pflichttheil, oder mein Sohn soll den Pflichttheil haben, u. d. g. wenn er nur nicht dabey erklärt, daß das Kind, oder die Eltern enterbt, nicht Erben seyn sollen (*9).

Eine zweyte Regel ist: der Pflichttheil muß ganz frey (absque onere) hinterlassen werden. Ich darf einem nicht vorschreiben, daß er mit dem Pflichttheil dieß oder jenes thun, nicht thun, in Ansehung desselben sich etwas gefallen lassen soll, z. E. ich kann nicht verordnen, daß meine Kinder den Pflichttheil nicht veräussern, meiner Frau davon den Nießbrauch gestatten, ihn auf Zeit und Zieler ausbezahlt erhalten sollen ꝛc. Will man indessen einem Notherben bey dem Pflichttheil eine Beschwerde auflegen: so muß man ihm noch ausser dem Pflichttheil einen gewissen Vortheil zuwenden, und dabey verordnen, daß, wenn der Notherbe sich das gravamen nicht gefallen lasse, er nichts, als den Pflichttheil haben solle. Dieß heißt die Socinische Cautel, von ihrem Erfinder, Marianus Socinus, einem Italienischen Rechtsgelehrten im 16. Jahrhundert. Will übrigens der Notherbe sich mit dem Pflichttheil begnügen: so kann er es thun, und ist nicht schuldig, die beygefügte Beschwerde zu übernehmen (*11).

Die dritte Regel endlich ist: wenn ich einen, welchem der Pflichttheil gehört, zum Erben einsetze, ihm aber weniger hinterlasse, als der Pflichttheil beträgt: so kann er eine Klage anstellen, welche *condictio ex L. 30. C. de inoff. test.* oder *actio expletoria* heißt. Der Kläger läßt das Testament gelten, er verlangt aber, daß ihm so viel zugelegt werde, als ihm an dem Pflichttheil fehlt.

(1) Die ganze Geschichte der Lehre vom Pflichttheil handelt sehr ausführlich und gut ab *Zepernick* diss. (§. 472.) cit.

(2) *G. L. Boehmer* diss. de querela inoff. donat. fratr. §. 3. in Elect. iur civ. tom. 1. p. 250. *Püttmann* diss. de querela inofficiosi fratribus uterinis haud concedenda. Lipsi. 1769. in opusc. num. 1. *Herm. Lorenz* diss. utrum fratribus uteri-

uterinis, turpi herede ſcripto, legitima relinquenda ſit, nec ne? (Goett. 1774.) §. 6. ſeqq.

(3) *Weſtenberg* de legitima diſſ. 2. cap. 4. *Marckart* interpret. receptar. iuris civ. lection. lib. 1. cap. 14. pag. 60. *I. H. Boehmer* diſſ. de querela inoff. fratr. conſanguineor. §. ult. ex. ad Pand. vol. 2. p. 815. *Trummer* diſſ. de querela inoff. fratribus uterinis haud deneganda. Erlang. 1783.

(4) Zur weiteren Aufklärung deſſen, was ich von dem Pflichttheil der Geſchwiſter geſagt habe, wird es nützlich ſeyn, die Geſchichte dieſes Artikels zu erzählen, und die Geſetze ſelbſt herzuſetzen. Vor Conſtantin M. konnten die Geſchwiſter, (ob auch die uterini, iſt ungewiß,) ein Teſtament durch die querelam inofficioſi umſtoſſen, es mochte zum Erben eingeſetzt ſeyn, wer wollte. *Marckart* l. c. Dieſer Kayſer aber verordnete in der L. 1. und 3. Cod. Theod. de inoff. teſt. daß 1) nicht die fratres uterini, ſondern nur die Brüder von einerley Vater dieſe Klage haben ſollten, und 2) nur in dem Fall, wenn eine ſchändliche oder verächtliche Perſon zum Erben ernennt wäre. Die Worte der L. 1. ſind: Fratres *uterini* ab inofficioſis actionibus arceantur, et *germanis* tantummodo fratribus adverſus eos duntaxat inſtitutos heredes, quibus inuſtas conſtiterit eſſe notas deteſtabilis turpitudinis, agnatione durante, ſine auxilio praetoris, petitionis aditus reſeretur. Conſtantin verſteht unter den germanis höchſtwahrſcheinlich alle Brüder, die Einen Vater haben, alſo die conſanguineos ſowohl, als die vollbürtige Brüder. Denn er ſetzt ja germanos und uterinos einander entgegen, und die conſanguinei werden auch von andern lateiniſchen Schriftſtellern germani genennt. *Püttmann* opuſc. p. 61. β) und der dort angeführte *Reiz* de ambiguis p. 244. Die L. 3. ſagt: Servus neceſſarius heres inſtituendus eſt, quia non magis patrimonium, quam infamiam conſequi videtur. Unde adparet, actionem inofficioſi fratribus relaxatam, cum *infamiae adſpergitur vitiis* is, qui heres extitit, omniaque fratribus tradi, quae per *turpitudinem* aut *aliquam levem notam* capere non poteſt inſtitutus. Ita in hac quoque parte, ſi quando libertis heredibus inſtitutis fratres fuerint alieni, inofficioſi actione propoſita praevaleant in omnibus occupandis facultatibus defuncti, quas ille perperam ad libertos voluerat pertinere. Auch hier muß ich verſchiedenes anmerken. 1) Nach dieſem Geſetz ſoll kein Freygelaſſener den Geſchwiſtern vorgezogen werden, ausgenommen ein ſervus neceſſarius heres inſtitutus; das heißt, wenn ich verſchuldet bin, und einen Sklaven zum Erben einſetze, der dann dadurch zugleich ſeine Freyheit bekommt: (§. 483.) ſo können die Geſchwiſter nichts dagegen haben. Denn der Sklav bekommt nichts vom Vermögen, non magis patrimonium quam infamiam conſequi videtur. Er hat den Schimpf, daß das Vermögen unter ſeinem Namen aufgeſteckt wird. (§. 537.) 2) Wer die Perſonen ſind, quae per levem notam capere non poſſunt, habe ich oben (§. 62.) erklärt.

Juſtinian ſchmolz die beyde Conſtantiniſche Geſetze zuſammen, und machte die L. 27. de inoff. teſtam. in ſeinem Codex daraus. Dieſe lautet alſo: Fratres vel ſorores uterini ab inofficioſi actione contra teſtamentum fratris vel ſororis penitus arceantur; *conſanguinei* autem, *durante agnatione vel non*, contra teſtamentum fratris ſui vel ſororis de inofficioſo quaeſtionem movere poſſunt, ſi ſcripti heredes *infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula* adſpergantur, vel liberti, qui perperam, et non bene merentes, maximisque

beneficiis ſuum patronum adſequuti, inſtituti ſunt; excepto ſervo neceſſario inſtituto.

Daß hier manches an Conſtantins Geſetzen verändert iſt, fällt in die Augen. 1) Iſt anſtatt germani geſetzt conſanguinei. Vermuthlich dachten die Verfertiger des Juſtinianeiſchen Codex, man möchte das Wort germani in der eigentlichen Bedeutung nehmen, und alſo glauben, die conſanguinei könnten keine Querel anſtellen. *Marckart* l. c. Sie hätten aber in dieſer Rückſicht auch die germanos nicht auslaſſen, ſondern *germani et conſanguinei* ſetzen ſollen. 2) Anſtatt durante agnatione ſetzen ſie: durante agnatione *vel non*. Vielleicht deswegen, weil K. Anaſtaſius in der L. 4. C. de legit. tut. (§. 30.) den Unterſchied zwiſchen ſuis und emancipatis aufgehoben hatte, vielleicht aus einer andern Urſache. *Püttmann* l. c. cap. 1. §. 5. p. 12. 3) Conſtantin giebt nur zwey Arten von Perſonen an, gegen welche die querela inofficioſi ſtatt finden ſoll, *turpes* oder infames, und *levi nota* laborantes. Man muß alſo nicht glauben, daß die infamia adſperſi und turpitudine adſperſi in der L. 27. zweyerley Perſonen ſeyen. *G. L. Boehmer* diſſ. de querela inoff. donat. §. 12. 4) Conſtantin will, daß die Geſchwiſter gegen einen Freygelaſſenen die Querel ſollen anſtellen können. Juſtinian ſetzt eine Ausnahme hinzu: wenn der Freygelaſſene dem Patron große Wohlthaten erzeigt hat: ſo kann er mit Ausſchließung der Geſchwiſter eingeſetzt werden. Alſo wenn der Freygelaſſene den Patron mit Undank belohnt, oder ihm wenigſtens keine Wohlthaten erzeigt hat: ſo hat die querela inofficioſi ſtatt. Man ſ. *Püttmann* interpret. et obſervat. cap. 29.

Offenbar alſo iſt, daß die uterini nach der L. 27. C. keine Querel anſtellen können. Allein es fragt ſich: ob dieß Geſetz nicht durch die Nov. 118. Cap. 4. aufgehoben iſt, und die uterini zur Querel gelaſſen ſind? Die, welche es behaupten, ſagen, die Raiſon der L. 27. fällt weg, alſo muß auch das Geſetz wegfallen. Die uterini ſind nemlich im Codex blos deswegen von der Querel ausgeſchloſſen, weil ſie keine Agnaten waren und nicht ab inteſtato erbten. Nach der 118. Novelle aber iſt der Unterſchied zwiſchen Agnaten und Cognaten in der Inteſtaterbfolge aufgehoben, die Cognaten erben ſo gut, wie die Agnaten, folglich müſſen nun auch die uterini zur Querel gelaſſen werden. Das ſtärkſte, was die Gegner darauf antworten, iſt: 1) man kann von dem Recht, ab inteſtato zu erben, nicht auf das Recht, den Pflichttheil zu fordern, ſchließen, d. i. nicht jeder, der ab inteſtato erbt, kann auch deswegen den Pflichttheil fordern; 2) ſchon zu der Zeit, als die L. 27. in den Codex geſetzt wurde, erbten die uterini ab inteſtato, vermöge der L. 14. C. de legit. hered. und doch wurden ſie in der L. 27. von der Querel ausgeſchloſſen. Allein die erſten repliciren auf 1): wenn jemand anfangs blos deswegen vom Pflichttheil ausgeſchloſſen war, weil er nicht ab inteſtato erbte, und nun zu der Inteſtaterbfolge gelaſſen wird: ſo wird ihm auch ein Recht auf den Pflichttheil gegeben. Auf 2): in der L. 14. de legit. hered. iſt es den uterinis als eine beſondere Wohlthat ausnahmsweiſe zugeſtanden, daß ſie unter allen Cognaten allein zur Inteſtaterbfolge kommen ſollen. Dieſe Rechtswohlthat konnte man nicht ſoweit ausdehnen, daß man die uterinos auch zur Querel ließ. Nach der Nov. 118. hingegen iſt ihnen mit allen Cognaten ein Erbrecht gegeben worden, und nun iſt nicht mehr abzuſehen, warum ſie nicht ſo gut, wie die germani und conſanguinei die Querel ſollten anſtellen können. Oder, ſie ſagen: Tribonian hat im Jahr 528 die Geſetze Conſtantins in den alten

ten Codex aufgenommen, ehe L. 14. de legit. hered. (im Jahr 532) gegeben war, und nachher vergessen, sie auszustreichen, als er im Jahr 534. die L. 14. in den Codex repetitae praelectionis setzte. Man sieht aber leicht, daß diese Repliken nicht befriedigend, und die Gründe gegen die uterinos stärker, als die für sie sind. Aus dem bisher gesagten erhellet nun, daß die Meynung Herts in s. diss. de fratris germani querela inoff. adverf. quoscunque sect. 2. §. 2. und Waters obs. iur. rom. lib. 1. cap. 12. als ob die germani gegen jede, auch ehrbare Person, die Querel anstellen könnten, ohne Grund ist. Diese Rechtsgelehrte nehmen an, daß Constantin unter den germanis blos die consanguineos verstanden, und in Ansehung der vollbürtigen Geschwister das alte Recht nicht geändert habe; eine Voraussetzung, die alles gegen sich hat. S. *I. H. Boehmer* diss. cit. p. 802. sqq.

(5) Ein uneheliches Kind kann, nach der richtigern Meynung, eingesetzt werden, ohne daß darum die Geschwister das Testament angreifen könnten. *Gottl. Sturm* diss. de spurio herede instituto querelam inofficiosi testam. fratri excluso non procreante, Viteb. 1733. *Püttmann* diss. de querela inofficiosi testam. fratribus atque sororibus contra spurios haud competente, in opusc. p. 217. sqq.

(6) Dieß behaupten die meisten Rechtsgelehrten, wiewohl die Nov. 18. ausdrücklich nur den Pflichttheil der Kinder und Enkel erhöhet. *Stryk* caut. testam. cap. 17. membr. 1. §. 23. 25. *Westenberg* de legit. diss. 3. cap. 3. vorzüglich ist hierüber nachzulesen *Glück* diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate, in opusc. fascic. 3. n. 1. sqq.

(7) §. ult. I. L. 8. §. 6. D. L. 29. C. de inoff. test. L. 17. C. de collat.

(8) *Vaudus* in var. quaest. lib. 1. cap. 5. p. m. 16. sqq. behauptet zwar das Gegentheil: aber die Gesetze sind klar. S. auch *Zepernick* l. c. cap. 2. §. 34. *Reinharth* ad *Christin.* vol. 1. obs. 71. vol. 4. obs. 17. und in diss. de exheredat. bona mente. pag. 8. Strube rechtl. Bed. 3. Band. 18. Bed.

(9) *Leyser* sp. 356. m. 1. 2. *Pufendorf* tom. 4. obs. 45. *Hommel* rhapsod. obs. 547.

(10) Noch muß ich einer sonderbaren Meynung Ant. Fabers in error. pragmat. dec. 14. err. 6. gedenken. Er behauptet, es sey nicht genug, daß Kinder oder Eltern auf den Pflichttheil eingesetzt würden; man müsse sie nothwendig auf eine partem quotam einsetzen; denn sonst wären sie in re certa eingesetzt, und folglich als legatarii anzusehen. Diese Behauptung gehört zu den vielen andern, von welchen Bachov sagt: somnia sua chartis illevit *Faber*. S. *Leyser* sp. 56. med. 5. sp. 361. med. 11.

(11) Heinr. Wilh. Koch über die Socinische Cautel, Giessen 1786. 8.

§. 474. Was ist die Enterbung?

Wem der Pflichttheil gehört, der muß entweder in demselben eingesetzt werden, oder man muß ihn aus gerechten Ursachen enterben. Was ist also die Enterbung? Sie ist eine ausdrückliche Ausschliessung dessen, dem der Pflichttheil gehört, von der ganzen Erbschaft. Also 1) eine Ausschliessung von der ganzen Erbschaft. Wenn ich einen auch nur in einer Kleinigkeit zum Erben einsetze: so ist er nicht enterbt. Noch weniger ist der ent-

erbt, der den Pflichttheil bekommt. Sonderbar ist es aber, daß, wenn ich einen nur in Ansehung eines Theils der Erbschaft enterbe, er nicht gehörig enterbt, sondern präterirt ist. Paullus giebt in der L. 19. D. de lib. et post. folgendes Exempel: Ein Vater setzt seine Tochter ein, dem Sohn vermacht er eine gewisse Summe, und setzt hinzu: in caetera parte exheres esto. Diese Enterbung ist, sagt er, eben so wenig auf die gehörige Weise geschehen, als wenn einer sagte: *filius fundi exheres esto* (*1). 2) Sie ist eine Ausschliessung dessen, dem der Pflichrtheil gehört. Wenn ich einen von meiner Erbschaft ausschliesse, welcher den Pflichttheil nicht zu fordern hat, z. E. meinen Onkel, meinen Neffen: so heißt es keine Enterbung. 3) Ist sie eine ausdrückliche Ausschliessung. Ich erkläre, daß diese Person nicht mein Erbe seyn soll (*2). Wenn ich einen nicht zum Erben einsetze, aber auch nicht erkläre, daß er nicht erben soll: so habe ich ihn nicht enterbt, sondern übergangen (praeteritus est). Also die praeteritio erfordert nicht, wie verschiedene Rechtsgelehrte behaupten, gerade ein völliges Stillschweigen. Man kann eines Menschen im Testament gedenken, und er kann doch übergangen seyn; z. E. mein Sohn ist übergangen, wenn ich sage: meine drey Töchter setze ich zum Erben ein, mein Sohn hat mir nach dem Leben gestanden.

(1) Es ist widersprechend zu sagen, fundi exheres esto. Denn wer nur von einer einzelnen Sache ausgeschlossen wird, ist nicht enterbt. Eben so widerspricht es sich, wenn ich einem eine Summe legire, und sage: ex caetera *parte* exheres esto. Denn ich habe ihn ja nicht in *parte* eingesetzt. Indessen sehe ich doch nicht recht ein, wie man eine solche Disposition als eine Präterition ansehen kann. Auch wird heutigestages schwerlich auf diese Subtilitäten gesehen werden. Wenn also z. E. einer sagte: meinen Sohn enterbe ich in Ansehung meines Hauses: so würde das Testament gelten, und der Sohn von dem Haus nichts, von der übrigen Erbschaft aber seinen Theil fordern können. Auch würde die Disposition nicht ungiltig seyn, wenn jemand sagt: meinem Sohn vermache ich 1000 Thlr, in Ansehung meiner übrigen Erbschaft enterbe ich ihn. *Poll* de exheredat. cap. 76. §. 5. *Leyser* sp. 356. med, 7.

(2) Mit welchen Worten ich dieß thun will, ist gleichgiltig. In der L. 3. C. de lib. praeter. (VI. 28.) ist das Exempel angeführt, wenn Jemand sagt: filius fiat alienus meae substantiae, und das Gesetz will, daß dieses als eine Enterbung gelte.

§. 475. Drey Fragen bey der Enterbung.

In der Lehre von der Enterbung und Uebergehung ist dreyerley zu bemerken: 1) was ist die vorgeschriebene Form der Enterbung, 2) was sind die rechtmäßigen Ursachen derselben, 3) worinn besteht die Wirkung der Enterbung und der Präterition? Von der Form wird im nächstfolgenden Abschnitt, von

den

den Urſachen im 477. und f. f. §§. und von den Wirkungen im Titel de inofficioſo teſtamento gehandelt.

§. 476. Form der Enterbung.

Was iſt alſo die Form der Exheredation? Schon in den alten Römiſchen Geſetzen iſt bey der Enterbung vorgeſchrieben, daß ſie 1) unbedingt (pure) geſchehen ſoll. Dieß ſagt Hermogenian in der L. 18. pr. de B. P. c. t. und Ulpian in der L. 3. §. 1. de lib. et poſt. ausdrücklich. Jener führt auch die Urſache an: certo enim iudicio liberi a parentum ſucceſſione removendi ſunt. Die Eltern müſſen nicht in ihrem Entſchluß ſchwanken, wenn ſie die Kinder enterben wollen. Gleichwohl lehren Papinian in der L. ult. de condit. inſtit. und Ulpian L. 4. pr. de hered. inſtit. man könne einen filium ſuum ſub-conditione *poteſtativa* zum Erben ernennen. Thut man dieß: ſo enterbt man ihn implicite auf den Fall, daß er die Bedingung nicht erfüllen wird. Ja Mäcian ſagt ſogar, L. 86. de hered. inſtit. man könne einen Sohn unter einer caſuellen Bedingung enterben, wenn man ihn nur unter der gegentheiligen einſetze. Wo bleibt da das certum iudicium? Enterben alſo kann ich meinen Sohn nicht bedingter Weiſe. Einſetzen kann ich ihn unter einer poteſtativen Bedingung (folglich ſtillſchweigends und bedingt) enterben. Endlich kann ich ihn auch unter einer caſuellen Bedingung einſetzen, und unter der gegentheiligen, (alſo wieder bedingt), enterben (*[1]). Wenn dieß nicht Widerſprüche, oder wenigſtens die ſubtilſte Subtilitäten ſind: ſo giebt es gar keine. Sollte der Fall heutigestags vorkommen, daß Jemand einen Notherben bedingt enterbte: ſo glaube ich nicht, daß das Teſtament deswegen nichtig wäre; und wäre vollends eine gerechte Urſache der Enterbung angeführt: ſo könnte der Enterbte gar nichts dagegen unternehmen. Z. E. Jemand ſagte: wenn mein Sohn, wozu er Neigung bezeigt hat, ſich zu einer Socinianiſchen Gemeinde begiebt: ſo ſoll er enterbt ſeyn. Oder: ich könnte meinen Sohn, da er mich geſchlagen hat, gerade zu enterben, will es aber doch nur auf den Fall thun, wenn er die N. heyrathet. Oder: Mein Sohn hätte die Enterbung wohl verdient, da er mir nach dem Leben geſtanden hat. Indeſſen ſoll er nur auf den Fall enterbt ſeyn, wenn ich auſſer ihm noch Kinder hinterlaſſe. 2) Sie muß auf jeden Miterben und auf jeden Subſtituirten gehen; (fieri debet ab omnibus heredibus et ab omni gradu) Das heißt, wenn ich mehrere Miterben in verſchiedenen Sätzen ernennte: ſo mußte ich die Enterbung ſo ausdrücken, daß ſie ſich nicht auf Einen, ſondern auf alle Miterben bezog. Z. E. wenn ich ſagte: Titius, excluſo filio, heres eſto; Caius heres eſto: ſo war die Enterbung nicht gehörig geſchehen, ſondern ich hätte ſagen ſollen: Titius et Caius, excluſo filio heredes ſunto; oder: Filius exheres eſto, Titius et Caius heredes

sunto. Wenn ich einen Erben dem andern substituirte, das heißt, einen zweyten auf den Fall ernennte, wenn der erste nicht erben will, oder nicht kann: (§. 496.) so mußte ebenfalls die Enterbung sich auf alle Erben beziehen; z. E. man mußte nicht sagen: Titius heres esto, si heres non erit, Caius filio excluso heres esto; sondern: filius exheres esto, Titius heres esto; si heres non erit, Caius heres esto. Da diese ganze Vorschrift sich blos auf die Formularjurisprudenz der Römer bezieht: so wird sie bey uns nicht beobachtet (*2). 3) Die Söhne mußten namentlich, die Töchter und Enkel konnten überhaupt, (inter caeteros) enterbt werden. Wenn ich z. E. zwey Söhne, eine Tochter und Enkel von einem verstorbenen Sohn hatte: so konnte ich sagen, meine beyde Söhne sollen meine Erben seyn, alle übrige enterbe ich (*3). 4) Nach dem Recht des Coder müssen alle Kinder, Enkel, Urenkel u. s. w. weibliche sowohl, als männliche namentlich enterbt werden; das heißt, man muß sie entweder mit Namen nennen, oder doch einzeln und genau bezeichnen; alia certa demonstratione, quae vice nominis fungitur, wie Ulpian L. 34. D. de condit. et demonstr. sagt. Z. E. meine älteste Tochter soll enterbt seyn, mein Sohn, der Candidat der Theologie, soll enterbt seyn (*4). Wenn diese Verordnungen befolgt waren: so sagte man: exheredatio *rite* facta est. Wo nicht: so war sie nicht *rite* geschehen, und wurde nicht als eine Enterbung, sondern als eine Präterition angesehen. 5) Endlich nach dem Recht der Novellen gehört es bey der Exheredation der Kinder und Eltern noch zur Form des Actus, daß sie aus einer im Testament angeführten rechtmässigen Ursache geschehe (*5).

(1) *Poll* de exheredat. cap. 73. et 74.
(2) *Bauer* diss. de eo, quod iustum est circa formam exheredationis, §. 9.
(3) Also nur wenn ich sagte: caeteri omnes exheredes sunto, war es eine exheredatio inter caeteros. Sagte ich hingegen: caeteri omnes *filii* exheredes sunto: so wurde die Enterbung als eine namentliche angesehen. L. 25. D. de lib. et post. *Finestres* ad h. tit. p. 103.
(4) *Poll* l. c. cap. 72. *Leyser* sp. 356. med. 6.
(5) Die Form des alten, und die Form des neuen Rechts oder der 115 Novell sind wohl zu unterscheiden. §. 525.

§. 477. Ursachen der Enterbung.

Was sind also rechtmässige Ursachen der Enterbung? Nach dem alten Recht waren sie nicht bestimmt, sondern, wenn jemand enterbt war: so untersuchten die Centumviri, oder die Richter, welche über Erbstreitigkeiten urtheilten, wie sich der Enterbte aufgeführt, ob er also nach ihrem Ermessen und Gutdünken die Enterbung verdient habe (*1). Justinian aber setzte in der 115. Novelle bey den Kindern und Eltern gewisse Ursachen der Enterbung fest.

feſt. Bey den Geſchwiſtern hingegen verordnete er nichts neues; bey ihnen hat alſo das alte Recht ſtatt. Viele Juriſten (*2) glauben zwar, daß in der 22. Novelle auch bey den Geſchwiſtern drey Enterbungsurſachen vorgeſchrieben ſeyen, aber ohne Grund. Denn dieſe Novelle ſetzt feſt, in welchen Fällen ein Bruder den andern nicht *ab inteſtato* erben ſoll; ſie redet nicht von der Enterbung, die ein Teſtament vorausſetzt. Und wenn man ſagen wollte: von der Beraubung der Inteſtaterbfolge laſſe ſich ein Schluß auf die Enterbung machen: ſo iſt doch die 22. Novelle durch die 118. wieder aufgehoben worden; man kann alſo kein Argument daraus nehmen (*3).

(1) Die vorzüglichſte Schrift über die Centumviralgerichte iſt *Siccamae* de iudicio centumvirali lib. 2. Hr. Aſſeſſor Zepernick hat ſie im Jahr 1776. zu Halle in 8. mit ſehr ſchätzbaren Anmerkungen und Zuſätzen wieder auflegen laſſen.

(2) Z. E. *Bauer* diſſ. cit. §. 18.

(3) *Cocceji* iur. controv. tit. de inofficioſo teſtamento, qu. 9. *Hert* diſſ. de fratris germani querela inoff. adverſus quoscumque, §. 15. Opuſc. vol. 3. part. 2. pag. 65.

§. 478. Bey den Kindern.

Die Urſachen, aus denen die Kinder enterbt werden können, ſind folgende: 1) wenn ſie gegen die Eltern harte Verbalinjurien ausſtoſſen. Welche Iniurien aber hart, und welche leicht ſind, muß der Richter nach den Umſtänden beurtheilen. 2) Wenn ſie den Eltern Realinjurien zufügen, die Eltern ſchlagen, ſtoſſen u. ſ. w. Und dieß iſt auch dahin auszudehnen, daß der Vater ein Kind enterben kann, das ſich an der Mutter vergriffen hat, und umgekehrt (*1). 3) Wenn die Kinder den Eltern nach dem Leben ſtehen, z. E. ſie vergiften wollen, oder 4) die Eltern wegen eines Vergehens bey dem Richter angeben, und die Eltern dadurch einen beträchtlichen Schaden an ihrem Vermögen leiden. 5) Wenn der Sohn ſich zu maleficis, einer Geſellſchaft von Zauberern oder Giftmiſchern begiebt, und an ihrem Geſchäft Theil nimmt (*2). 6) Wenn die Kinder den Eltern verwehrt haben, ein Teſtament zu machen, oder das vorher verfertigte zu ändern, und die Eltern nachher doch noch Gelegenheit finden, zu teſtiren. Man denke ſich den Fall, der Vater will teſtiren; der Sohn aber fürchtet, ſein Erbtheil möge ihm im Teſtament beſchnitten werden; er läßt alſo niemand zu dem kranken Vater; weigert ſich Zeugen zu rufen; droht dem Vater, wenn er teſtiren würde, u. ſ. w. endlich aber findet der Vater doch Mittel, ein Teſtament zu Stande zu bringen. Jetzt iſt er befugt, den Sohn ſeiner Widerſpenſtigkeit wegen zu enterben. Sterben aber die Eltern, ohne daß ſie ein Teſtament machen können: ſo nimmt der Fiſcus dem pflichtvergeßnen Kind die Erbſchaft weg. 7) Wenn Vater oder Mutter blödſinnig war, und die Kinder ſich ihrer gar

nicht

nicht annahmen; nun aber die Eltern wieder zur Vernunft kommen. 8) Wenn ein Kind zu einer ketzerischen Religionssecte übergeht, das heißt: zu einer, welche die Sätze der vier ersten allgemeinen Kirchenversammlungen (zu Nicäa, Ephesus, Constantinopel und Chalcedon) nicht annimmt; also zu einer Secte sich begiebt, die weder catholisch, noch lutherisch, noch reformirt ist. 10) Wenn der Sohn den Vater oder die Mutter wegen eines Criminalverbrechens anklagt, d. i. wegen eines Verbrechens, worauf Lebensstrafe, Leibesstrafe, Landesverweisung, oder Ehrlosigkeit steht (*3). Ob die Eltern das Verbrechen begangen haben, oder nicht, ist gleichgiltig; die Wahrheit des Factums entschuldigt den Sohn nicht. Denn es ist gegen die Pflichten des Sohns, daß er die Eltern anklagt; ausser in dem Fall, wenn der Vater das Verbrechen des Hochverraths gegen den Landesherrn begeht; dieses muß der Sohn anzeigen, wenn er Wissenschaft davon hat. Die Ursache ist übrigens von der vierten unterschieden. Dort war a) von einer Anzeige, hier ist von einer Anklage, b) dort von einem Vergehen die Rede, das nur Ersetzung des Schadens und Geldstrafe nach sich zieht, hier aber von einem Verbrechen, worauf eine der vorbesagten Strafen steht. c) Im obigen Fall war erforderlich, daß die Eltern durch die Anzeige Schaden gelitten haben, bey der Anklage ist dieß nicht nöthig. 11) Wenn der Sohn die Stiefmutter, oder Concubine des Vaters beschläft. Gleichergestalt hat auch ohne Zweifel die Enterbung statt, (wiewohl es das Gesetz nicht ausdrücklich sagt) wenn sich die Tochter vom Stiefvater beschlafen läßt. 12) Wenn sich ein Kind gegen den Willen der Eltern unter eine Bande Gaukler, Seiltänzer u. d. gl. begiebt. 13) Wenn die Eltern Schulden, oder eines Vergehens halber im Gefängniß sitzen, und der Sohn sie durch Bürgleistung los zu machen weigert. Es wird aber erfordert, daß die Eltern es verlangt haben, und ausserdem auch noch, daß der Sohn das 18te Jahr zurückgelegt habe. Die 14te Ursache ist: wenn eine Tochter ein unzüchtiges Leben führt, oder sich gegen der Eltern Willen verheyrathet, doch mit folgenden Bestimmungen: 1) die Tochter, welche gegen der Eltern Willen einen Sklaven heyrathet, kann enterbt werden. 2) Heyrathet sie aber einen freyen Menschen gegen der Eltern Willen, oder ergiebt sich der Unzucht: so ist sie entweder minorenn, oder majorenn. 3) Eine minorenne Tochter kann ohne Unterschied enterbt werden; aber 4) eine majorenne nur alsdann, wenn sie ohne Schuld der Eltern unverheyrathet geblieben ist; das heißt, wenn entweder a) die Eltern ihr einen Mann geben wollten, sie ihn aber nicht angenommen hat, oder b) die Eltern nicht im Stand waren, ihr einen Mann zu verschaffen. Haben ihr hingegen die Eltern vorsetzlich keinen Mann gegeben, oder wenigstens nicht die gebührende Mühe angewendet, ihr einen zu verschaffen (*4): so kann sie nicht enterbt

erbt werden. Dieß ist nach meiner Meynung der wahre Sinn der Nov. 115. c. 3. §. 11. (*5). Indessen giebt es viele Juristen, welche diese Novelle anders erklären, und insonderheit viele, welche behaupten, daß eine Tochter, die sich gegen der Eltern Willen verheyrathet, nicht enterbt werden könne (*6).

Die Anmerkung sagt: alle diese Ursachen passen sowohl auf Töchter, als auf Söhne, die 10. 13. und 14te ausgenommen. Die zehende geht die Töchter nichts an; denn sie können nicht anklagen; die 13te ebenfalls nicht, weil eine Weibsperson sich nicht verbürgen kann; die letzte aber läßt sich auf Söhne nicht ausdehnen. Denn wie die Juristen sagen: genus femininum sub se non complectitur masculinum, et maior castitas requiritur a feminis quam a masculis. Auch hängt der Sohn in der Wahl einer Gattin nicht so sehr von den Eltern ab, als eine Tochter. (S. §. 112.)

(1) *Pufendorf* tom. 2. obs. 6. Wenn ein Kind aber die Stiefmutter injuriiret: so kann es deswegen vom Vater nicht enterbt werden. *Idem* obs. 7.

(2) Diese Enterbungsursache wird aber heutigestages selten vorkommen, da es bey uns keine solche Gesellschaften giebt. Weber's Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie, vom heutigen Gebrauch des Römischen Rechts, S. 20.

(3) *Enenckel* de privileg. parent. et liberor. privil. 14. part. 1. cap. 14. n. 10.

(4) Da es heutigestages, wenigstens in Deutschland, nicht gewöhnlich ist, daß die Eltern für die Tochter einen Mann suchen: so ist dessen Unterlassung keine Entschuldigung der Tochter.

(5) Philipp Jac. Heislers Erörterung der Frage: sind Eltern ihre Kinder, welche sich wider ihren Willen verheyrathen, zu enterben befugt. Halle, 1783. ist das beste, was über diese Materie geschrieben ist, wiewohl ich nicht ganz mit dem V. einig bin. *Frid. Aug. Guil.* de *Witzendorf* diss. de exheredatione liberorum sine consensu parentum nuptias contrahentium, Goett. 1757. ist seicht. Besser ist *Dit. Gotthard Eckard* diss. de exheredatione filiae turpiter viventis, Lipс. 1746.

(6) Sehr streitig ist es, ob die Enterbung statt findet, wenn eine Aussöhnung erfolgt ist. In dem Fall, wenn die Aussöhnung vor Errichtung des Testaments geschah: so hat keine Enterbung mehr statt. Wenn sie aber erst nach geschehener Enterbung erfolgte: so wird das Testament dadurch nicht inofficiosum. *Pufendorf* l. c. obs. 8.

§. 479. Bey den Eltern.

Die Eltern können von den Kindern aus acht Ursachen enterbt werden: 1) wenn sie die Kinder wegen eines Verbrechens anklagen, auf dem die Lebensstrafe steht, si ad interitum vitae liberos tradiderint, sagt Justinian, citra causam tamen, quae ad maiestatem pertinere cognoscitur. 2) Wenn sie den Kindern nach dem Leben stehen. 3) Wenn der Vater die Schwiegertochter, oder des Sohns Concubine beschläft, oder wenn der Schwiegersohn mit der Schwiegermutter einen Ehebruch begeht; wiewohl dieser Fall im Gesetz nicht

ausgedrückt ist. 4) Wenn die Eltern den Kindern ein Testament zu machen wehren; oder 5) sie nicht aus der feindlichen Gefangenschaft ranzioniren; 6) sich der blödsinnigen Kinder gar nicht annehmen; 7) Ketzer werden. 8) Wenn der Vater der Mutter Gift giebt, so, daß diese das Leben oder den Verstand verliert: so kann er von den Kindern enterbt werden. Ein gleiches hat statt, wenn die Mutter den Vater vergiftet hat, oder wenn die Eltern ohne Gift auf andere Art einander nach dem Leben gestanden haben.

§. 480. Leiden diese Ursachen eine Ausdehnung?

Hat aber die Enterbung der Kinder und Eltern aus keinen andern, als den angeführten Ursachen statt? Justinian sagt in der Nov. 115. cap. 3. ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae in huius constitutionis serie continentur. Daher behaupten viele Juristen, daß schlechterdings keine andere Ursachen der Enterbung zulässig seyen (*1). Allein, in der Praxis ist die vernunftmäßigere Meynung angenommen, daß wegen Handlungen von ganz gleicher Art, oder, wie Cocceji (*2) sagt, ob causas, quae intellectu iuris eaedem sunt, allerdings eine Enterbung geschehen könne. Dahin gehört z. E. wenn die Kinder gegen die Eltern in einer Criminalsache von freyen Stücken ein Zeugniß ablegen; wenn sich ein Sohn unter eine Räuberbande begiebt; wenn ein Kind seine Eltern verwundet; wenn ein Dritter den Vater oder die Mutter mit Schlägen mißhandelte, der Sohn dabey stünde, den Eltern helfen könnte, und es doch unterließe; wenn der Sohn mit seiner leiblichen Mutter Blutschande triebe, u. s. w. (*3).

(1) Sie sind in Hertels Thee- und Caffee-Tasse S. 95. und 96. angeführt. S. besonders *Schlitte* diss. de eo, quod iust. est circa ingratitudinem, cap. 2. §. 27. sqq.
(2) *Cocceii* in iur. controv. tit. de inoff. test. qu. 13.
(3) *Vinn.* ad pr. I. de inoff. testam. n. 2. *Finestres* ad tit. de lib. et post. pag. 122. sqq. *Bynkershoek* observat. lib. 5. cap. 5. *Stryk* de caut. test. cap. 19. §. 22. *Walch* controvers. pag. 171. ibique cit.

TIT. XIV.

DE HEREDIBUS INSTITUENDIS.

§. 481. Zusammenhang dieses Titels mit dem vorigen.

Wir haben im vorigen Titel gesehen, welchen Personen der Pflichttheil gehört, welche also nothwendig zum Erben eingesetzt werden müssen, wenn nicht eine gerechte Ursache zur Enterbung oder Präterition vorhanden ist. In diesem Titel wollen wir den Begrif eines Erben näher entwickeln, untersuchen,

chen, welche Personen zu Erben ernennt werden können, und auf wie vielerley Art die Erbeseinsetzung geschehen kann.

§. 482. Erklärung des Erben.

Was ist also ein Erbe? **Ein Nachfolger in alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen, die nicht ganz persönlich sind.** Wenn jemand stirbt, und ich alle seine nicht blos persönliche Rechte und Verbindlichkeiten überkomme: so heisse ich sein Erbe. Also a) ich bekomme alle seine Rechte, sein ganzes Vermögen, entweder wirklich oder in Hofnung. Wenn ich der einzige Erbe bin (heres ex asse): so bekomme ich das ganze Vermögen wirklich; wenn ich aber Miterben habe: so bekomme ich einen Theil des Vermögens, und die Hofnung zu dem übrigen; auf den Fall nemlich, daß die Miterben ihre Portionen nicht annehmen können, oder nicht wollen; kurz, ich bekomme ein Erbtheil mit dem *iure accrescendi*. Wenn ich nur einzelne Sachen, nur eine Summe Geldes, nur einen Theil der Erbschaft ohne das ius accrescendi auf die ganze Verlassenschaft erhalte: so bin ich kein Erbe, sondern ein legatarius oder fideicommissarius singularis. b) Ich bekomme alle seine Verbindlichkeiten, muß also seine Handlungen als die meinige gelten lassen (facta defuncti praestare), muß seine Schulden bezahlen. Aus diesem Grund, weil der Erbe alle Rechte des Verstorbenen erhält: so wird er auch als Eine Person mit dem Verstorbenen angesehen (heres et defunctus habentur pro una persona). c) Nur ganz persönliche Rechte und Verbindlichkeiten gehen nicht auf den Erben über. Es giebt nemlich Rechte, die dergestalt auf die Person eines Menschen eingeschränkt sind, daß sie sich schlechterdings davon nicht trennen, und auf einen andern transferiren lassen. Sobald also der Mensch stirbt, exspiriren sie. Dergleichen sind die persönlichen Dienstbarkeiten; (§. 369.) die Rechte, welche einer vermöge eines öffentlichen Amtes, z. E. als Regierungsrath, als Beamter hat; alle Rechte, die ein Paciscent dem andern in Rücksicht auf persönliche Eigenschaften giebt, z. E. die Rechte, die ein Ehegatte gegen den andern hat u. s. w. So giebt es auch ganz persönliche Verbindlichkeiten. Dergleichen ist die Verbindlichkeit eines Delinquenten, die Strafe eines Verbrechens zu leiden. Sie geht nicht auf die Erben. Wenn mein Erblasser ein Verbrechen begangen hat: so kann ich, sein Erbe, darüber nicht zur Strafe gezogen werden. Ferner gehören die Verbindlichkeiten aus gewissen Verträgen hieher; aus den Verträgen nemlich, bey denen persönliche Eigenschaften vorausgesetzt werden; z. E. aus der Tutel und dem Societätscontract. Wenn mein Erblasser Vormund war, oder in einer Societät stand: so bin ich, der Erbe, darum nicht schuldig, die Vormundschaft oder Societät fortzusetzen.

Wer Erbe eines Römischen Bürgers seyn wollte, mußte also fähig seyn, in alle Rechte und Verbindlichkeiten desselben zu succediren; er mußte wie Florentinus (*1) sagt, das *ius heredis*, oder wie andere es ausdrücken, er mußte *testamenti factionem passivam* haben. Diese Fähigkeit muß bey einer unbedingten Erbeseinsetzung in zwey Zeitpunkten, bey einer bedingten in dreyen vorhanden seyn.

Nemlich wenn ich einen ohne Bedingung einsetze; so muß er fähig seyn a) zur Zeit, da ich das Testament mache; und b) da ich sterbe. Zur Zeit, da ich das Testament mache, ut constiterit institutio, wie Florentinus am a. O. sagt: und dieses wegen der Catonianischen Regel: was von Anfang nicht gilt, kann in der Folge nicht giltig werden (*2). Zur Zeit, da ich sterbe, ut effectum habeat institutio, wie das Gesetz sagt, weil durch den Todt das Testament bestätigt, und die Erbschaft deferirt wird.

Aber zweyerley ist noch anzumerken: 1) diese Zeiten werden nur in ihrem Punct betrachtet, das heißt, wenn nur der Erbe in der Stunde oder Minute, da ich das Testament mache, und in der Minute, da ich sterbe, erbfähig ist: so kann er mein Erbe werden; gesetzt auch, daß er in der Zwischenzeit unfähig gewesen wäre. Man stelle sich vor, im Jahr 1770. zu der Zeit, da ich testire, bekennt sich der eingesetzte Erbe noch zur christlichen Religion; einige Zeit hernach wird er ein Jude, ist also erbschaftsunfähig; er verläßt aber die jüdische Religion wieder, und im Jahr 1780, da ich mit Todt abgehe, ist er ein Christ. Kann er meine Erbschaft an sich bringen? Allerdings. 2) Von dem Todtestag des Testators an, bis zur Erbesantretung muß er beständig erbfähig bleiben. Ist er in dieser Periode nur einen Augenblick unfähig: so kann er die Erbschaft nicht erhalten; denn der Substitut oder die Intestaterben erhalten in diesem Augenblick ein Recht auf die Erbschaft (*3).

Wenn ich jemand unter einer Bedingung zum Erben ernenne: so muß er a) zur Zeit, da ich testire, b) da ich sterbe, und c) da die Bedingung erfüllt wird, erbfähig seyn (*4). Auch hier ist aber wieder zu bemerken: 1) daß auf die Zwischenzeiten nicht gesehen wird; 2) daß der Erbe von Zeit der erfüllten Bedingung an bis zur Antretung der Erbschaft fähig bleiben muß, wenn er erben will. Wenn ich also im Januar 1780. jemand unter einer Bedingung zum Erben einsetze, im Julius sterbe, und die Condition der Erbeseinsetzung im December erfüllt wird; der Erbe auch in diesen drey Monaten frey, und nur in den Monaten Februarius, Merz, April, May und Junius vom Feind gefangen gewesen war: so konnte er meine Erbschaft an sich bringen. Hingegen von dem Zeitpunct an, da die Condition erfüllt wurde, bis zur Erbschaftsantretung muß er beständig frey seyn. Ist er während dieser

Zeit

Zeit nur einen Tag lang in der feindlichen Gefangenschaft: so kann er mein Erbe nicht werden.

(1) L. 49. §. 1. D. h. t.

(2) In der L. 1. D. de reg. Cat. sagt Celsus: Catoniana regula sic definit: quod si *testamenti facti tempore decessit testator*, *inutile foret*, *id legatum*, *quandocunque decesserit*, *non valere*, und Papinian setzt in der L. 3. eod. hinzu: Catoniana regula non pertinet ad hereditates, neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem. Nun giebt aber Paullus in der L. 29. de reg. iur. eine ähnliche Regel: quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest, und Licinius Rufinus in der L. 210. de reg. jur. diese: institutio ab initio inutilis ex post facto convalescere non potest. Ausgemacht ist also, a) daß bey Erbeseinsetzungen und Vermächtnissen die Regel gilt: quod ab initio non valet, ex post facto convalescere nequit; bestritten hingegen b) ob diese Regel die Catonianische sey, und ob c) die Catonianische auf Erbeseinsetzungen, oder vielmehr blos auf Vermächtnisse gehe. Man sieht aber leicht, daß der Streit nicht von Belang ist. Man s. von dieser Frage unter andern *Voorda* interpret. et emendat. lib. 2. cap. 22. (edit. nov.) Man sehe *Oroz* tract. de apicibus iuris, lib. 1. cap. 1 — 12. *Strauch* diss. de regula Caton. Ien. 1674. *Averan.* lib. 4. interpret. cap. 21. *Zepernick* diss. de testam. destitut §. 9.

(3) *Vinnius* ad §. 4. I. de hered. qual. et diff. Was *Andr. Flor. Rivinus* diss. de Florentini iurisprudentiae testamentariae reliquiis (Viteb. 1752.) §. 18. dagegen vorbringt, ist seichtes Geschwätz.

(4) Dieß ist wenigstens die gemeine Meynung. Indessen behauptet *Toullieu* in collectan. pag. 441. sqq. weitläuftig, daß man bey der bedingten Erbeseinsetzung auf die Zeit der Testamentsverfertigung gar nicht zu sehen habe. Allein seine Gründe haben mich nicht überzeugt, und L. 49. §. 1. D. de hered. instit. ist zu deutlich.

§. 483. Wer ist erbfähig?

Wer ist aber erbfähig und wer ist unfähig? Die erste Regel ist: nicht nur freye Menschen, sondern auch Sklaven eines Römischen Bürgers können eingesetzt werden. Wenn ich einen Sklaven einsetze: so ist er entweder mein eigner, oder eines andern Sklav. Im letzten Fall ist es eben so anzusehen, als ob ich den Herrn eingesetzt hätte. Im ersten aber wurde gewöhnlich der Sklav zugleich im Testament freygelassen. Wenn indessen dieß auch nicht ausdrücklich geschehen war: so lag es doch implicite in der Erbeseinsetzung. Denn wer den Zweck will, muß auch die Mittel wollen. Nun konnte aber mein Sklav mein Erbe nicht seyn, wenn er nicht frey war. Indem ich ihn also zum Erben ernennte, hatte ich ihn stillschweigend freygelassen.

§. 484. Fremde konnten nicht eingesetzt werden.

2) Nur Römische Bürger konnten von einem Bürger zum Erben ernennt werden, keine Fremde. Denn ein Fremder war nicht fähig, in alle

Rechte und Verbindlichkeiten eines Bürgers zu treten. In Deutschland kann der Bürger einen Fremden einsetzen. Dieß gründet sich in der angeführten Verordnung Kayser Fridrichs *omnes peregrini*. Sie redet zwar nur von der testamenti factione activa: das heißt, sie giebt den Fremden das Recht ein Testament zu machen, und hebt also das ius albinagii auf, vermöge dessen die Güter eines Fremden nach seinem Todt confiscirt werden. Allein von der testamenti factione activa läßt sich nach dem Römischen Recht ein Schluß auf die passivam machen. Wenn also der Fremde ein Testament machen kann: so kann man daraus schliessen, daß er auch zum Erben eingesetzt werden könne.

§. 485. Kann man ungewisse Personen, Armen, Kirche, Städte, Gesellschaften einsetzen?

Man kann 3) auch **ungewisse Personen** einsetzen, wenn nur die Ungewißheit gehoben werden kann. Sobald dieß geschieht, ist die Erbeseinsetzung giltig. Die Ungewißheit hebt sich zuweilen von selbst, wenn man nur einen Zeitpunct abwartet (tollitur eventu). Z. E. wenn ich sage: wer im künftigen Jahr Burgermeister seyn wird, soll mein Erbe seyn: so ist zwar jetzt der Erbe ungewiß, aber die Ungewißheit wird verschwinden, wenn man nur die Burgermeisterwahl abwartet. Sie kann ferner durch das Loos gehoben werden; wenn nemlich der Testirer mehrere Personen ernennt, die um seine Erbschaft loosen sollen. Heineccius hat in seinen rechtlichen Gutachten einen merkwürdigen Fall, wo ein Erbe durchs Loos bestimmt werden sollte (*[1]). Endlich läßt sich auch zuweilen die Ungewißheit durch **Präsumtionen** heben. Dieß kommt in dem Fall vor, wenn mehrere Personen den Namen des eingesetzten Erben führen, z. E. es heißt im Testament: **mein Vetter Johann soll mein Erbe seyn**, und der Testator hat mehrere Vettern dieses Namens. Hier trit eine Präsumtion ein, die Vermuthung nemlich, daß der Vetter gemeynt sey, mit welchem der Erblasser die meiste Freundschaft unterhalten hat. Ist die Ungewißheit auf keine Weise zu heben: so ist die Erbeseinsetzung ungiltig. Ferner 4) die **Armen** können eingesetzt werden. Hat der Testator nicht gesagt, welche Armen: so sind im Zweifel die gemeynt, welche an seinem Wohnort leben. 5) Die **Kirchen**, 6) **Städte** und 7) **alle erlaubte Gesellschaften** (corpora et collegia licita). Erlaubte Gesellschaften aber heissen hier nur die, welche der Landesherr angeordnet, oder wenigstens bestätigt hat; dergleichen sind z. E. Justiz-Cameral-Regierungscollegia, Academien, Zünfte u. s. w. Ist aber eine Gesellschaft vom Landesherrn weder angeordnet, noch bestätigt: so heißt sie eine unerlaubte, wenn auch ihr Zweck noch so gut und nützlich ist; z. E. eine Gesellschaft der Wissenschaften, die noch keine landesherrliche Bestätigung hat. Indessen sind alle diese Personen erst durch neue

Gesetze

Gesetze erbfähig geworden; nach dem alten Römischen Recht waren sie es nicht, weil man sie als personas incertas ansah (* 2).

(1) *Heineccii* consilia et decision. Consil. 2. et 3.

(2) Von der Erbeinsetzung der Städte s. *Bach* Traian. p. 139. sqq. Nützlich wird es seyn, hier noch die Lehre von der Erbeseinsetzung der postumorum beyzufügen, weil man ohne sie manche Gesetze nicht verstehen kann. Die verschiedenen Gattungen von postumis habe ich in der Tab. XXX. a. vorgestellt. Ich merke zu deren Erklärung an: 1) die postumi Aquilitani haben ihren Namen von dem Juristen Aquilius Gallus. Dieser nemlich zeigte zuerst einem Großvater das Mittel, wie er verhüten könne, daß ein Enkel, der nach seinem und des Vaters Todt gebohren wird, das großväterliche Testament nicht rumpire. Er sagt, man setze ihn mit folgender Formel ein: Filius meus heres esto. Si filius meus me vivo morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus erit, heres esto. Diese Formel ist in der berühmten L. Gallus 29. D. de lib. et post. enthalten, über welches Gesetz weitläuftige Commentarien in Menge geschrieben worden sind. 2) Die Velleiani haben ihren Namen von der L. Iunia Velleia, welche über diese Art von postumis Verordnungen enthielt, so wie 3) die Corneliani von der L. Cornelia testamentaria, die über die Testamente der in die Gefangenschaft fallenden Bürger disponirte. Dieses vorausgesetzt, bemerke man: nach den alten Römischen Gesetzen konnte gar kein postumus zu Erben eingesetzt werden, zur Intestaterbfolge konnte er gelangen. Die Ursache war, weil er als eine persona incerta angesehen wurde. *Finestres* ad tit. de lib. et post. pag. 188. sqq. hat dieses sehr gut ausgeführt. *Gerh. Schroeder* observ. iur. civ. lib. 1. cap. 7. sucht andere Ursachen auf. Allein die angeführte ist mir die wahrscheinlichste. Jeder *postumus suus* also, er mochte eingesetzt, oder enterbt, oder übergangen seyn, rumpirte das Testament. (§. 517.) Allein durch neuere Gesetze und die Praxis wurde eingeführt, daß ein postumus suus sollte eingesetzt werden können. Nemlich suus postumus heißt a) der, welcher, wenn er bey meinem Leben gebohren worden wäre, ein suus heres von mir gewesen seyn würde; b) ein postumus, den ich noch bey meinem Leben, nach Verfertigung meines Testamentes bekomme, und der bey meinem Absterben ein suus heres von mir wird, postumus alienus, der nicht in einem dieser Fälle ist. Was suus heres heiße, ist §. 538. erklärt. Ein postumus alienus konnte nach den Civilgesetzen nicht eingesetzt werden, der Prätor aber gab ihm bonorum possessionem secundum tabulas. *Ulp.* tit. 22. §. 3. L. 6. D. de inoff. testam. L. 1. §. 12. D. de ventr. in poss. mitt. L. 3. D. de B. P. sec. tab. Endlich erlaubte Justinian in einer Verordnung de personis incertis, die aber verlohren gegangen ist, alle postumos einzusetzen. *Vinn.* ad §. 2. I. de exhered. lib. et ad §. 26. 27. et 28. de legat.

§. 486. Wer zur Strafe erbschaftsunfähig ist.

Verschiedene Personen können zur Strafe nicht eingesetzt werden; das heißt, ihre Erbeseinsetzung ist dem Gesetzgeber verhaßt; und zwar einige derselben können von niemand etwas erben, (simpliciter institui non possunt) andere können nur von gewissen Erblassern in gewissen Fällen nichts, oder doch nur einen bestimmten Theil des Vermögens erben; (secundum quid insti-

tui

tui nequeunt.) Von allen Erbschaften sind ausgeschlossen 1) die Kinder eines Menschen, der gegen den Landesherrn das Verbrechen des Hochverraths begangen hat; ein unbilliges Gesetz! Denn warum sollen die Kinder um des Vaters willen Strafe leiden? Und der Grund des Gesetzes: die Kinder sollen zu keinem Vermögen gelangen, damit sie nicht den Todt ihres Vaters zu rächen Lust und Gelegenheit bekommen, ist offenbar nichtig. 2) Wer vom christlichen Glauben abtrünnig wird. 3) Ketzer. Da man übrigens in unserer Praxis den Ketzern zu testiren erlaubt: (§. 470. 1.) so können sie auch zu Erben eingesetzt werden. 4) Die Judenschaft. Einzelne Juden kann ein Christ einsetzen, nur nicht die ganze Judenschaft; im Testament eines Juden aber kann sie zum Erben ernennt werden. 5) Unerlaubte Gesellschaften; was das heisse, ist im vorigen §. erklärt.

§. 487. Fortsetzung.

Einige Personen können in gewissen Fällen nicht zu Erben ernennt werden. Dahin gehört 1) der Landesherr, wenn er eines Processes wegen eingesetzt wird. D. i. wenn ich einen Proceß habe oder zu bekommen fürchte: so soll ich den Landesherrn nicht in der Absicht zum Erben ernennen, daß er den Proceß mit meinem Gegner führe, und dieser einen harten Stand bekomme, weil er es mit einem so mächtigen Widersacher zu thun hat. Was ist aber die Wirkung einer solchen Einsetzung? Einige glauben, sie werde zwar von den Gesetzen nicht gebilligt, indessen sey sie doch nicht ungiltig, und der Landesherr könne die Erbschaft antreten. Aber die gemeine und richtige Meynung ist, daß die Erbeseinsetzung null und nichtig sey; folglich die Verlassenschaft auf die Intestaterben falle (* [1]).

2) Wenn ein Ehegatte in der zweyten Ehe lebt, und Kinder aus der ersten Ehe hat: so kann er dem zweyten Ehegatten nicht mehr hinterlassen, als ein Kind erster Ehe bekommt. Erhalten die Kinder ungleiche Erbtheile: so kann der zweyte Ehegatte nicht mehr bekommen, als das Kind, welches am wenigsten erhält. Man stelle sich vor, ein Ehemann lebt in zweyter Ehe, und hat drey Kinder von seiner ersten Ehefrau. Er macht ein Testament; setzt sein ältestes Kind auf 4000, das zweyte auf 3000, das dritte auf 2000 Rthlr. zum Erben ein. Wie viel kann er seiner Ehefrau verlassen? Nicht mehr als 2000. Rthlr. Der Grund des Gesetzes ist, die Gesetzgeber fürchten, der zweyte Ehegatte möge durch listige Ueberredungen den größten Theil des Vermögens vermittelst einer Erbeseinsetzung an sich zu ziehen suchen.

3) Was die unehelichen Kinder betrift: (S. Tab. XXX. a) so kann a) Jederman ausser den Eltern dergleichen Kinder einsetzen. Ich kann nemlich die uneheliche Kinder eines andern einsetzen, sie mögen incestuosi oder adul-

adulterini oder von anderer Art seyn. b) Kinder, aus einer incestuosen Ehe erzeugt, können weder vom Vater, noch von der Mutter eingesetzt werden. Wenn sie aber aus einem unehelichen incestuosen Beyschlaf erzeugt sind: so können sie eingesetzt werden. Daß man den ehelichen Kindern und den Eltern den Pflichttheil lassen muß, versteht sich von selbst (*²). Insgemein behauptet man, die adulterini und incestuosi überhaupt könnten weder vom Vater, noch von der Mutter eingesetzt werden. Man beruft sich auf die 89. Novelle, cap. 15. wo es heißt: omnis, qui ex complexibus, (*non enim hoc vocamus nuptias*) aut nefariis, aut incestis, aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur, neque alendus est a parentibus, neque habebit quoddam ad praesentem legem participium. Allein die Novelle redet nur von einer incesten Ehe, und von adulterinis ist gar nicht die Rede darinn. Man vergleiche die Nov. 74. cap. 6. und Nov. 12. cap. 1. im Anfang. c) Die aus einem Ehebruch, Stuprum und Fornication erzeugten Kinder können also von Vater und Mutter eingesetzt werden. Wenn ich meinen ehelichen Kindern und Eltern den Pflichttheil lasse: so kann ich das übrige meinen unehelichen Kindern von besagter Art zuwenden. Denn nirgends ist dieses in den Gesetzen verboten. d) Die naturales können von der Mutter eben sowohl, als eheliche Kinder eingesetzt werden. In Ansehung des Vaters aber ist ein Unterschied zu machen. Wenn er eheliche Kinder hat: so kann er die naturales nur auf ein Zwölftheil einsetzen. Hat er keine eheliche Kinder: so darf er die naturales auf soviel einsetzen als er will. Daß er, im Fall er noch Eltern am Leben hat, diesen den Pflichttheil hinterlassen müsse, versteht sich auch ohne mein Erinnern.

Nun fragt sichs: warum war der Vater bey Einsetzung der naturalium so viel eingeschränkter, als bey andern unehelichen Kindern? Wenn ich meinen ehelichen Kindern den Pflichttheil lasse: so kann ich auf das übrige Vermögen einsetzen, wen ich will, nur meine liberos naturales nicht. Diese können nicht mehr als $\frac{1}{12}$ bekommen. Warum das? Man kann davon mancherley Gründe angeben. Einmal wollten die christlichen Kayser den Concubinat gern abschaffen, und hielten es doch nicht für rathsam, ihn geradezu zu verbieten. Fürs andere ist der Vater der naturalium gesetzlich gewiß. Bey andern unehelichen Kindern ist dieß nicht. Sie haben iuris intellectu gar keinen Vater, sind in Ansehung ihres Vaters als ganz fremde Personen anzusehen, und können daher auch so gut, als jeder andere eingesetzt werden. Endlich wohnten auch die naturales meistens bey dem Vater im Hause, und hatten, nebst ihrer Mutter, Gelegenheit sich bey ihm einzuschmeicheln, die ehelichen Kinder bey ihm verhaßt zu machen, u. s. w. Dieser Fall war bey andern unehelichen Kindern und bey fremden Personen nicht so leicht zu besorgen.

Dieß ist die Verordnung des Römischen Rechts. Wie steht es aber in

Deutschland? Billg sollte man die Römischen Gesetze in Ansehung der adulterinorum, spuriorum und vulgo quaesitorum befolgen; denn es ist kein Grund zum Gegentheil vorhanden. Was aber die naturales betrift, sollte man, da die Raison, warum sie bey den Römern so wenig bekommen konnten, wo nicht ganz, doch größtentheils wegfällt, behaupten, daß auch das Gesetz wegfalle. Nun frage man aber die Juristen über diese Materie. Nicht leicht herrscht irgendwo so viel Irrthum und Mißverständniß als hier. Die meiste Juristen behaupten, 1) daß die adulterini gar nicht, und 2) die spurii, vulgo quaesiti und naturales, im Fall Eltern oder eheliche Kinder vorhanden sind, ebenfalls nicht eingesetzt werden könnten. In Ansehung der spuriorum und vulgo quaesitorum beruhet diese Meynung auf einem offenbaren Irrthum, und verdient nicht die mindeste Rücksicht. Bey den adulterinis beruft man sich auf die Nov. 89, aber ohne Grund, wie ich vorhin bemerkt habe. Und endlich wegen der naturalium heißt es, der Concubinat sey heut zu Tag verboten, sey ein damnatus coitus, wie die 89. Novelle sage; also könnten diese nicht eingesetzt werden. Höchstseltsam! War denn das stuprum bey den Römern nicht auch verboten, und konnten die spurii nicht demungeachtet eingesetzt werden? Daß der Concubinat *damnatus* coitus in dem Sinn ist, wie die 89. Novelle den Ausdruck nimmt, ist falsch (* 4). Man halte sich also an die Gesetze, und nehme auf Meynungen keine Rücksicht.

Noch hätte der Autor 3) anführen sollen, daß, wer mit einer Person Ehebruch getrieben hat, und deswegen gestraft worden ist, sie nicht zum Erben einsetzen, auch von ihr nicht eingesetzt werden könne (* 5).

(1) *Lüd. Menken* Diss. de principe litis causa herede instituto, (in collect. disp. n. 24.) thes. 18.

(2) L. 6. C. de sec. nupt. Wenigstens von der Mutter. *Titius* ad *Lauterb.* obs. 856.

(3) Die naturales konnten nach den alten Gesetzen eingesetzt werden. L. 45. D. de vulg. et pup. substit. L. fin. C. de iure delib. L. 17. §. 4. D. ad SCt. Trebell. L. 88. §. 12. de legat. II. Constantin M. aber verordnete, daß der Vater diesen Kindern, wenn eheliche, oder Eltern, oder Geschwister, oder andere Agnaten vorhanden seyen, gar nichts hinterlassen solle. Dieß ist zwar nicht gewiß, aber doch wahrscheinlich. *Iac. Gothofr.* ad Cod. Theodos. tom. 1. p. 394. Valentinian, Valens und Gratian milderten dieses harte Gesetz, und verordneten, daß, im Fall eheliche Kinder, Enkel oder Eltern da sind, die naturales $\frac{1}{12}$, ausserdem aber $\frac{3}{12}$ bekommen könnten. L. 1. Cod. Theod. de natural. lib. Arcadius und Honorius bestätigten den Punct von dem $\frac{1}{12}$. L. 2. C. Iust. de nat. lib. Valentinian III. publicirte im §. 428. im Occident eine Verordnung, wodurch das Constantinianische Gesetz wieder hergestellt wurde, Theodosius im Orient aber nahm sie nicht an. L. 2. C. Theod. de nat. lib. ibique *Gothofr.* Justinian verwandelte die obgedachte $\frac{3}{12}$ zuerst in $\frac{6}{12}$. L. 8. C. Iust. de nat. lib. Nachher erlaubte er, die naturales, im Fall keine eheliche Kinder und Eltern da sind,

ſind, auf das Ganze einzuſetzen; den Eltern ſolle man den Pflichttheil laſſen. Nov. 89. cap. 12. Auth. licet patri C. de nat. lib.

(4) Niemand hat dieſe Sache meines Wiſſens und Glaubens richtiger vorgeſtellt, als *Deſid. Herald.* rer. et quaeſtion. iur. quotid. lib. 1. cap. 2. und *Hommel* rhapſod. obſ. 373. Wer aber die Meynungen anderer wiſſen will, kan folgende Schriften nachleſen: *Mich. Graſſ.* de ſucceſſ. §. inſtitutio, qu. 7. pag. 176. *Gail.* lib. 2. obſ. 88. n. 1. *Gabr. Palaeot.* de notis ſpuriisque filiis, cap. 40. p. m. 255. *Forſter* de ſucceſſ. ab int. lib. 6. cap. 47. *Manz.* de teſtam. valid. vel inval. tit. 6. quaeſt. 7. n. 108. ſqq. p. 442. *Sande* Deciſ. Friſ. lib. 4. tit. 4. def. 3. *Franzk.* ad Inſtit. lib. 3. tit. 1. cap. 8. n. 12. *Wiſſenbach* ad Pand. part. 1. diſp. 56. n. 6. *Leyſer* ſp. 356. med. 11. 12. *I. F. W. Pagenſtecher* in ſelect. iur. quaeſt. n. 17. Struben rechtl. Bed. 1. Th. 48. Bed. 4. Theil 130. Bed. *Beck* de ſtupro, lib. 2. cap. 6. §. 1.

(5) L. 13. D. de his, quae ut indignis. *Voet* ad Pand. d. tit. n. 3. Strube rechtl. Bed. 4. Theil. 331. Seite.

§. 488. Regeln bey der Erbeinſetzung.

1) Wenn ich einen Erben ernenne: ſo muß ich ihn ſo bezeichnen, daß man gewiß weiß, wen ich gemeynet habe; daß ich ihn mit Namen nenne, iſt nicht nöthig. Ulpian ſagt: ſi quis nomen heredis non dixerit, ſed indubitabili ſigno eum demonſtraverit, quod pene nihil a nomine differt, non tamen eo, quod contumeliae cauſa ſolet addi, valet inſtitutio. 2) Weiß man, wen der Teſtator gemeynt hat: ſo ſchadet es auch nicht, wenn er einen falſchen Namen gebraucht hat; z. E. er ſagt: ich ſetze meinen Oheim Philipp N. ein, und der Oheim heißt nicht Philipp, ſondern Heinrich: oder wenn er ihn unrichtig beſchreibt, z. E. Henrich Claus, Philipp Clauſens Sohn, ſoll mein Erbe ſeyn, und der Vater hat nicht Philipp geheiſſen (*2). Ein anderes wäre es, 3) wenn der Teſtirer den A. hätte einſetzen wollen, und aus Verſehen den B. genennt hätte; denn jetzt bekommt keiner die Erbſchaft (*3). 4) Eine ſchimpfliche Beſchreibung, z. E. mein Vetter, der Gaudieb, ſoll mein Erbe ſeyn, macht die Erbeinſetzung ungiltig. Dahingegen ſchadet 5) die Anführung einer falſchen Urſache der Regel nach nichts. Die Ausnahme dieſes Satzes, welche unten §. 576. bey den Vermächtniſſen vorgetragen werden wird, gilt auch hier. Daß man 6) die Erbeinſetzung der Willkühr eines andern überlaſſe, z. E. mein Erbe ſoll ſeyn, wen A. dazu ernennen wird, geht nicht an (*4).

(1) L. 9. §. 8. D. h. t. S. *Wernher* ſel. obſ. for. tom. 1. part. 5. obſ. 235.
(2) L. 48. §. 3. D. eod.
(3) L. 9. pr. D. eod.
(4) L. 9. cit.
(5) L. 32. L. 68. D. eod. Dieſe Regel des Römiſchen Rechtes iſt auch durch das Canoniſche, cap. 13. X. de teſtam. nicht abgeſchaft. *Chriſt. Fridr. Glück* progr.

Innocentius III. in cap. 13. X. de teſtam. et ult. vol. iuri civili haud derogans, in opuſc. faſcic. I. iſt die vorzüglichſte Schrift in dieſer Materie. Das Römiſche Recht gilt auch bey uns. Cramer Wetzl. Beyträge, 3. Th. 12. St. 62. ff. S.

§. 489. Benennung der Erbſchaftstheile.

Die Römiſchen Teſtatoren pflegten ihre Verlaſſenſchaft nach Zwölftheilen zu vertheilen. Nothwendig war dieß nicht; der Teſtirer konnte nach Fünfteln, Siebenteln u. ſ. w. theilen, z. E. ſagen A. ſoll mein Erbe ſeyn auf $\frac{2}{5}$, B. auf $\frac{3}{5}$, aber gewöhnlich war es, nach Zwölfteln zu rechnen. Die ganze Erbſchaft hieß *as*. As heißt eigentlich ein Pfund, man brauchte aber dieß Wort auch um jedes vollſtändige Ganze, inſonderheit die ganze Erbmaſſe damit zu bezeichnen. Daher heißt der Univerſalerbe: *heres ex aſſe*, und weil das Pfund bey den Römern in 12 Theile abgetheilt wurde: ſo theilte man auch die Erbſchaften auf dieſelbe Weiſe. Jeder $\frac{1}{12}$ des Pfundes, und daher auch der Erbſchaft, hieß *uncia*. Zwey Zwölftel heiſſen *ſextans*; denn es iſt der ſechſte Theil von Zwölfen. Drey Unzen ($\frac{3}{12}$) *quadrans*; denn es iſt der vierte des Ganzen. Vier Unzen ($\frac{4}{12}$) heiſſen *triens*; weil ſie den dritten Theil von zwölf ausmachen. Fünf Unzen ($\frac{5}{12}$) heiſſen *quincunx*; (von quinque unciae.) Sechs Unzen ($\frac{6}{12}$) heiſſen *ſemis*, als die Hälfte von zwölf. Sieben Unzen ($\frac{7}{12}$) *ſeptunx*, (ſeptem unciae.) Acht Unzen ($\frac{8}{12}$) haben den Namen *bes*, ein Wort, deſſen Etymologie unbekannt iſt (* 1). Neun Unzen ($\frac{9}{12}$) heiſſen *dodrans*; denn ſie ſind das Ganze, *demto uno quadrante*. Zehen Unzen ($\frac{10}{12}$) heiſſen *decunx* oder *dextans*; decunx von decem unciae, dextans von as demto ſextante. Eilf Unzen endlich ($\frac{11}{12}$) heiſſen *deunx* (demta eſt una uncia).

Die Unzen wurden auch wieder eingetheilt. Eine halbe Unze hieß ſemuncia; anderthalb Unzen ſeſcuncia; der vierte Theil einer Unze hieß ſicilicum. Wenn eine Erbſchaft nach vier und zwanzigtheilen vertheilt wurde: ſo ſagte man: es ſey *dupondium* gemacht; und vertheilte man ſie nach ſechs und dreyſigſteln: ſo hieß es *tripondium* (* 2).

(1) *Briſſonius* de verb. ſignif. voce *bes*.
(2) *Maianſius* de diviſione hereditatis, in diſput. iur. tom. 2. n. 37.

§. 490. Wie muß die Erbſchaft vertheilt werden?

Wenn eine Erbſchaft unter die Teſtamentserben vertheilt werden ſoll: ſo muß man die Theilung ſo machen, daß alles aufgeht, und von dem Ganzen nichts übrig bleibt. Denn bliebe etwas übrig, das die Teſtamentserben nicht zu ſich nähmen: ſo würde es auf die Inteſtaterben fallen. Der Teſtator würde alſo zum Theil teſtatus, und zum Theil inteſtatus ſterben.

Daraus folgt denn (S. die 31. Tabelle) 1) daß, wie ich ſchon oben bemerkt habe, **wenn ich nur Einen Erben einſetze, dieſer die ganze**

— Erb-

Erbschaft bekommt, gesetzt auch, daß er nur auf einen Theil der Erbschaft, oder gar nur auf eine einzelne Sache eingesetzt wäre. Man denke sich den Fall, der Testator setzte mich zum Erben seines halben Vermögens ein, und bestimmte nicht, wer die andere Hälfte haben sollte, oder ernennte mich zum Erben seines Landgutes, ohne zu bestimmen, wer das übrige Vermögen bekommen solle. In beyden Fällen bekomme ich die ganze Verlassenschaft (*[I]). 2) Wenn mehrere Erben, und zwar ohne Bestimmung der Erbtheile, eingesetzt sind: so wird die Verlassenschaft zu gleichen Theilen unter sie vertheilt. Doch galt bey den Römern die Regel: plures personae in eadem propositione nominatae pro una habentur; oder welches einerley ist, man machte so viel Theile, als der Testator Sätze gemacht hatte. Ein Beyspiel wird dieß klar machen. Wenn der Testator gesagt hatte:

Caius heres esto.
Titius et Mevius pariter heredes sunto.
Denique et Tullius, Aulus ac Tryphoninus heredes sunto,

so wurden drey gleiche Erbtheile gemacht, den ersten bekam Cajus allein; den zweyten theilten Titius und Mevius; den dritten Tullius, Aulus und Tryphoninus. Wenn heutigestags jemand sich in seinem Testament auf die obenbeschriebene Art ausdrückte, (welches aber schwerlich geschehen wird): so möchte man wohl die Römische Regel nicht anwenden können; der Testator müßte denn ein Erzjurist gewesen seyn. Man würde vielmehr die Erbschaft in sechs gleiche Theile theilen müssen. 3) Sind mehrere eingesetzt, und zwar so, daß jedem eine gewisse Sache assignirt ist, z. E. A. B. C. sollen meine Erben seyn:

A. soll mein Haus haben,
B. meine Gärten,
C. meine Aecker.

so bekommt jeder Erbe die ihm angewiesene Sache zum voraus, als ein praelegatum, (§. 558.) die übrige Erbschaft wird zu gleichen Theilen vertheilt; gesetzt auch, daß das Haus nicht gleichen Werth mit den Gärten, die Gärten nicht gleichen Werth mit den Aeckern hätten. 4) Wenn mehrere mit Bestimmung der Portionen eingesetzt sind: so erschöpfen entweder a) die Theile das Ganze, z. E.

A sey mein Erbe auf — — —	$\frac{8}{12}$
B auf — — — — — —	$\frac{3}{12}$
C auf — — — — — —	$\frac{1}{12}$
Summa	$\frac{12}{12}$

Oder b) die Theile sind zusammen genommen weniger, als das Ganze. Z. E.

A soll von mir erben — — —	$\frac{8}{12}$
B — — — — — — —	$\frac{2}{12}$
C — — — — — — —	$\frac{1}{12}$
Summa	$\frac{11}{12}$

Oder c) die Theile machen mehr, als das Ganze aus. Z. E.

A soll bekommen — — — —	$\frac{8}{12}$
B — — — — — — —	$\frac{4}{12}$
C — — — — — — —	$\frac{1}{12}$
Summa	$\frac{13}{12}$

Im Fall a) nimmt jeder seine bestimmte Portion; im Fall b) wird der Rest nach geometrischer Proportion getheilt (singulis pro rata accrescit). Man sagt:

$\frac{11}{12}$ haben zu vertheilen $\frac{1}{12}$, wie viel bekommen $\frac{8}{12}$?
— — $\frac{2}{12}$?
— — $\frac{1}{12}$?

und rechnet es durch die Regel Detri für jeden aus. Im letzten Fall endlich muß sich jeder etwas abkürzen lassen (singulis pro rata decrescit). Man setze also

$\frac{13}{12}$ bekommen nur $\frac{12}{12}$, wie viel bekommen $\frac{8}{12}$?
— — — — wie viel bekommen $\frac{4}{12}$?
— — — — wie viel bekommt $\frac{1}{12}$?

4) Wenn mehrere Erben auf verschiedene Art eingesetzt sind: so unterscheide man folgende Fälle: a) einer ist auf eine gewisse Sache eingesetzt, die andere schlechtweg, oder mit Bestimmung der Erbtheile. Z. E.

A. soll mein Erbe seyn auf mein Landgut.
B. und C. sollen meine Erben seyn.

Oder:

A. soll mein Erbe seyn auf mein Landgut.
B. und C. sollen meine Erben seyn zu gleichen Theilen.

b) Einer ist schlechtweg eingesetzt, den andern sind ihre Portionen bestimmt. Z. E.

A. soll mein Erbe seyn.
B. soll mich erben auf $\frac{6}{12}$
C. aber soll Erbe seyn auf $\frac{4}{12}$

Im

Im Fall a) ist der auf eine gewisse Sache eingesetzte Erbe A. in Ansehung der übrigen ein blosser Legatar; er bekommt die ihm assignirte Sache und weiter nichts, bezahlt auch keine Schulden. Wenn aber die übrigen wegfallen, das heißt, nicht Erben seyn wollen, oder nicht seyn können: so ist A. ein wahrer Erbe, und bekommt durch das ius accrescendi die ganze Erbschaft (*2). Dieser Satz wird denjenigen noch nicht völlig deutlich seyn, die den erst unten zu erklärenden Begrif vom Legatarius (§. 552.) und vom iure accrescendi (§. 494.) noch nicht verstehen.

Wir gehen zum Fall b). Hier distinguire man weiter. Wenn aa) die Portionen, welche bey einigen Erben bestimmt sind, die ganze Masse nicht erschöpfen; Z. E.

A. soll mein Erbe seyn.
B. soll mein Erbe seyn auf $\frac{6}{12}$
C. soll Erbe seyn auf $\frac{4}{12}$

so bekommt A. den Ueberrest, nemlich $\frac{2}{12}$. Wenn bb) die Portionen der Masse gleich sind; Z. E.

A. soll mein Erbe seyn auf $\frac{8}{12}$
B. soll mich erben auf $\frac{4}{12}$
Auch C. soll mein Erbe seyn.

so sagt das Römische Recht, man mache ein dupondium, (§. 488.) das heißt, man gebe dem A. nur $\frac{8}{24}$, und dem B. $\frac{4}{24}$, den Rest theile man dem C. zu; ausgenommen, wenn es hiesse:

A. soll mein Erbe seyn auf $\frac{8}{32}$
B. — — — — $\frac{4}{12}$
Auch C. soll auf den Ueberrest mein Erbe seyn.

Denn nun bekommt C. nichts. Endlich cc) wenn die Portionen die Masse übersteigen; Z. E.

A. soll mein Erbe seyn auf $\frac{8}{12}$
B. soll erben auf — — $\frac{6}{12}$
C. soll mich ebenfalls erben, oder C. soll den Ueberrest erben,

so wird abermals ein dupondium gemacht, A. bekommt nur $\frac{8}{24}$, B. nur $\frac{6}{24}$, C. den Ueberrest (*3).

(1) Auch heutigestages *Leyser* sp. 361. med. 5.
(2) *Galvanus* de usufr. cap. 13. n. VI. *Leyser* sp. 361. m. 9.
(3) L. 87. D. h. t. Ex unciis sex Primo herede instituto; Secundo ex octo, si Tertius ex residua parte, vel nulla portionis facta mentione heres instituatur, quinque uncias hereditatis Tertius habebit; in viginti quatuor etenim partes hered-

hereditate distributa, Tertio ratio calculi veluti ex decem partibus instituto, quinque uncias adsignavit.

§. 491. Von der Erbeseinsetzung mit Beyfügung einer Zeit.

Ein Erbe kann 1) pure, das heißt, ohne Bedingung; 2) mit einer Bedingung; aber 3) nicht auf eine gewisse Zeit (in diem certum), auch nicht von einer gewissen Zeit an (ex die certo) eingesetzt werden. Die Römischen Gesetze sagen: dies certus pro non adiecto habetur. Wenn also der Testirer gleich gesagt hätte: A. soll mein Erbe seyn nur zehen Jahre lang: so bleibt A. doch immer Erbe. Und wenn der Testator gleich verordnet hätte: A. soll mein Erbe seyn, aber erst, wenn zehen Jahre nach meinem Todt verflossen sind: so bekommt A. dennoch sogleich nach des Erblassers Todt die Erbschaft. Einen Grund dieser Regel habe ich oben schon erklärt. (§. 442.) Aber sie hat auch noch einen andern; diesen nemlich: wer einmal Erbe ist, muß es nach dem Römischen Recht allezeit bleiben, kann nie wieder aufhören, es zu seyn. Wollte ich aber einen Erben ex die, oder in diem ernennen: so würde gegen diesen Grundsatz angestossen werden müssen.

Man wird mir vielleicht den Einwurf machen: es geht ja doch an, den A. zum Erben zu ernennen, und ihm ein Fideicommiß aufzulegen, ihm aufzugeben, daß er nach einer gewissen Zeit, z. E. nach 10 Jahren die Erbschaft dem B. restituire. Hört hier A. nicht auf Erbe zu seyn? Auf diesen Einwurf läßt sich zweyerley antworten: 1) Der mit einem Fideicommiß beschwerte Erbe bleibt Erbe, wenn er auch gleich die Erbschaft restituirt hat, wie wir §. 602. hören werden. Der Fideicommißerbe ist nur, wie es im §. 3. I. de fideicom. hered. sehr expressiv heißt, *heredis loco*. 2) Die Regel: heres non potest institui ex die, ist von einem directen Erben zu verstehen, auf Fideicommisse geht sie nicht. Eben darum, weil man directe keinen Erben ex die ernennen konnte, wurden die Fideicommisse gebraucht. (§. 600.)

Was ist aber Rechtens, wenn der Tag ungewiß ist, den man der Erbeseinsetzung beyfügt? Man distinguire drey Fälle; 1) der Tag ist völlig ungewiß, das heißt, man weiß nicht, ob er kommen werde, nicht wann er kommen werde. Z. E. A. soll mein Erbe an dem Tag seyn, da er seinen ersten Sohn taufen lassen wird. 2) Der Tag ist ungewiß, in Ansehung der Frage ob; das heißt, man ist nicht versichert, daß er kommmen werde; z. E. A. soll an dem Tag mein Erbe seyn, da er 25 Jahr alt werden wird. 3) Der Tag ist nur in Ansehung der Frage wann ungewiß; man weiß gewiß, daß er kommt, aber nicht wann er kommen wird. Von dieser Art ist der Todtestag des Menschen. Im ersten und zweyten Fall ist der Tag als eine Bedingung anzusehen; was also dabey Rechtens sey, wird der folgende §. lehren. Im

dritten

dritten Fall aber distinguire man weiter: a) wenn dieser Tag dem Erben selbst beygefügt ist; z. E.

A. soll mein Erbe seyn, an dem Tag, da er sterben wird:

so ist es als eine institutio ex die certo anzusehen. Dies certus aber wird, wie wir vorhin gehört haben, pro non adiecto gehalten. b) Wenn er einem dritten beygefügt ist: so gilt er als eine Bedingung; z. E.

A. soll mein Erbe seyn an dem Tag, da B. sterben wird.

Denn es ist zwar gewiß, daß B. sterben wird, aber ungewiß, ob A. diesen Todtesfall erlebt. Nun muß er ihn aber erleben, wenn er die Erbschaft haben will. (§. 493.) Folglich ist es ungewiß, ob A. die Erbschaft bekommt; folglich ist er unter einer Bedingung eingesetzt.

§. 492. Was ist Bedingung?

Bedingung heißt in der allgemeinsten Bedeutung ein äusserlicher Umstand, von welchem ein gewisses Recht abhängt. Wenn ich z. E. sage: A. soll mein Erbe seyn, wofern er heyrathet, und männliche Descendenz bekommt: so hängt von dem Umstand des Heyrathens und der Erzeugung männlicher Kinder die Erwerbung des Erbrechtes ab; also ist eine Bedingung vorhanden. So lang es ungewiß ist, ob eine Bedingung erfüllt werden wird, sagt man, sie schwebe, *conditio pendet*. Sobald der Umstand wirklich wird, von welchem das Recht abhängt: so existirt die Bedingung, und wenn es gewiß ist, daß nun die Bedingung nicht existiren werde: so heißt es *deficit conditio*.

Die Bedingung wird auf mancherley Art eingetheilt. Sie ist 1) entweder *in praesens*, oder *in praeteritum*, oder *in futurum collata*. Wenn der Umstand, von welchem ein Recht abhängt, in die vergangene Zeit gesetzt wird, so ist es conditio in praeteritum collata, wenn der Umstand sich schon vor Verfertigung des Testaments zugetragen haben soll. Z. E. A. soll mein Erbe seyn, wenn er vor der Verfertigung dieses meines Testamentes Burgermeister gewesen ist. Conditio in praesens collata ist, wenn der Umstand an dem Tag, da die Bedingung gemacht wird, existiren soll. Z. E. A. soll mich erben, wenn er heute am 1. Febr. 1778. da ich dieses Testament mache, verheyrathet ist. Endlich conditio in futurum collata heißt, wenn der Umstand, von welchem das Recht dependiret, in die Zukunft gesetzt ist; z. E. A. soll mein Erbe seyn, wenn er heyrathen wird.

2) Sie ist entweder *suspensiva*, oder *resolutiva*. Wenn von der Bedingung die Frage abhängt, ob einer das Recht bekommen soll: so heißt sie suspensiva; hingegen resolutiva, wenn von der Condition die Frage dependiret, ob er das Recht behalten, oder ob er es wieder verlieren soll. Also bey

Erbschaften ist conditio suspensiva beygefügt, wenn das Erbrecht nicht eher anfangen soll, als bis die Condition existiret; und resolutiva, wenn das Erbrecht aufhören soll, sobald die Condition existirt.

3) Entweder *affirmativa*, oder *negativa*; affirmativa, wenn einer das Recht bekommt, oder es ihm bleibt, insofern der Umstand existiret; negativa, wenn er das Recht erhält, oder es ihm verbleibt, in sofern der Umstand nicht existiret. Z. E. A. ist unter einer affirmativen Bedingung eingesetzt, wenn es heißt: er soll mein Erbe seyn, wofern er die Doctorwürde annehmen wird; unter einer negativen aber, wenn ich sage: er soll mich erben, wenn er nicht Soldat werden wird.

4) Entweder möglich, oder unmöglich; die unmögliche entweder physisch, oder moralisch unmöglich. Physisch unmöglich ist die Bedingung, wenn die Naturkräfte die Erfüllung nicht erlauben; z. E. A. soll mein Erbe seyn, wenn er einen Triangel zeichnet, dessen drey Winkel keine 180. Grade haben; moralisch unmöglich, wenn die Erfüllung den moralischen Gesetzen zuwider, kurz, wenn sie verboten ist; z. E. A. soll mich mit dem Beding erben, daß er den B. derbe ausprügle (*1).

Die physisch unmögliche Bedingungen sind entweder schlechterdings und in allen Fällen unmöglich, oder nur unter gewissen Umständen. Jene heissen *absolute*, diese *de facto*, *per accidens*, *ex suppositione impossibiles falsae* (*2), auch zuweilen, wenn sie ein und der andere Mensch erfüllen kann, aber viele nicht, *difficiles*.

Die mögliche ist entweder *casualis*, oder *potestativa*, oder *mixta*. Casualis, wenn äusserliche Dinge, die nicht in der Gewalt desjenigen sind, dessen Recht von der Bedingung abhängt, zur Erfüllung der Condition thätig concurriren müssen; z. E. A. soll mein Erbe seyn, wenn in diesem Jahr Friede wird. Potestativa, wenn nur der Wille jenes Menschen dazu nöthig ist, um die Bedingung zu erfüllen; z. E. B. soll mich erben, wenn er heyrathet. Mixta, wenn Wille des andern, und äusserliche Umstände, die nicht in seiner Macht sind, zusammen concurriren müssen, um die Erfüllung der Bedingung zu bewirken; z. E. A. soll mich erben, wenn er einen Sohn zeugen wird. Nur bemerke man, das allein macht eine Condition noch nicht zur *mixta*, **wenn die Erfüllung durch zufällige Umstände gehindert werden kann;** dieß kann bey jeder Condition geschehen. Erst alsdann ist sie mixta, **wenn die äusserlichen Umstände thätig zur Erfüllung mitwirken müssen** (*3).

(1) Zu den in Testamenten verbotenen Bedingungen gehört auch die conditio iurisiurandi promissorii, wenn es heißt: A. soll mein Erbe seyn, wenn er schwören wird, daß er etwas gewisses thun oder geben, z. E. mir ein Monument errich-

errichten wolle. L. 8. pr. §. 6. 7. D. de condit. instit. L. 20. et 26. D. de condit. et demonstrat. L. 36. D. de manumiss. testam. L. 112. D. de legat. 1. L. 29. D. de testam. mil. Denn wozu diente der Eid, da der Erbe ohnehin verbunden war, den Willen des Testators zu erfüllen? Doch sagt Marcell in der L. 20. D. de condit. et demonstr. die conditio iurisiurandi sey *plerumque turpis*. Denn es konnten Fälle kommen, wo der Eid seinen Nutzen hatte; wo also die conditio iurandi giltig war. M. s. *Car. Frid. Walch* lib. sing. de conditione iurisiurandi ultimis voluntatibus adiecta. Ien. 1759. 4. der aber die Schändlichkeit dieser Bedingung aus der Stoischen Philosophie herleitet.

(2) L. 12. §. 7. D. de condit. et demonstrat.

(3) Man kann also den Unterschied zwischen den conditionibus potestativis und mixtis nicht verwerfen, wie einige thun. S. *Einert* diss. varia iur. civ. capita, cap. 2. Der Hauptschriftsteller in dieser Materie ist *Philibert. Brusselius* in tract. de conditionibus testamentorum, contractuum et pactorum, Lovan. 1560. 4. nachher mehrmal aufgelegt, unter andern Frf. et Lips. 1700. 4. mit *Pauli Durani* tract. de conditionibus et modis impossibilibus. *Io. Iust. Ravensberg* opusc. de conditionibus conventionum et ultimarum voluntatum, Ien. 1752. 8. ist ein höchst mittelmässiges Buch.

§. 493. Regeln der Bedingungen.

Bey den Conditionen gelten folgende Regeln: 1) Eine conditio in praesens, oder praeteritum collata schiebt die Acquisition des Erbrechts nicht auf, hält sie nicht in der Ungewißheit. Denn wenn das Testament eröfnet wird, und man sieht, daß zur Zeit der Verfertigung der festgesetzte Umstand schon existirt hatte, oder noch existirt; z. E. der eingesetzte Erbe am 1. Febr. 1778. verheyrathet war: so wird er sogleich Erbe; zeigt sichs aber, daß der Umstand damals noch nicht existirte: so hat der Erbe auch sogleich alle Hofnung zur Erbschaft verlohren.

2) Ein Erbe kann nicht unter einer resolutiven Bedingung eingesetzt werden. Denn wer einmal Erbe ist, muß es allezeit bleiben. (§. 491.)

3) Eine Erbeseinsetzung unter einer physisch unmöglichen negativen Bedingung, das heißt, wenn ich einen unter der Bedingung einsetze, daß er etwas physisch unmögliches unterlassen soll, ist so gut, als eine unbedingte, z. E. A. soll mein Erbe seyn, wenn er das Luftschiff nicht erfindet, keine Universalmedicin bekannt macht. Denn das Luftschiff (*[I]) und die Universalarzney sind Schimären. Wenn ich aber eine moralisch unmögliche Bedingung negativisch vorschreibe, das heißt, dem Erben die Unterlassung einer unerlaubten Handlung befehle: so ist die Condition wirksam; denn er muß das Factum unterlassen, wenn er mich erben will, und deswegen Caution stellen.

4) Wird eine schlechterdings unmögliche Bedingung als eine affirmative vorgeschrieben; sie sey nun moralisch, oder physisch unmöglich: so wird

sie als nicht beygefügt angesehen, *evanescit*, *detrahitur conditio*, sie ist unwirksam; das heißt, der eingesetzte Erbe bekommt die Erbschaft, ohne daß er die Bedingung zu erfüllen, z. E. den unmöglichen Triangel zu zeichnen, den B. auszuprügeln braucht. Die Ursache ist vermuthlich diese: die Gesetzgeber finden es sehr unschicklich, daß man solche unmögliche Bedingungen beyfüge, von denen man weiß, daß sie der Erbe gar nicht, oder nicht erlaubter Weise erfüllen kann. Thut es also ein Testator: so verordnen sie zur Strafe, daß die Condition als gar nicht vorhanden angesehen werden soll (*2).

5) Ist die Condition von den zufällig unmöglichen eine: so kommt es darauf an, ob sie der Erbe erfüllen kann, oder nicht. Kann er es: so ist eben das Rechtens, was bey den möglichen Bedingungen gilt. Kann er es aber nicht: so hat der Testator dieß entweder gewußt, oder nicht. In jenem Fall ist die Condition zur Strafe als nicht beygefügt anzusehen; in diesem Fall aber ist sie giltig, und der Erbe bekommt die Erbschaft nicht.

Was die mögliche Bedingungen betrift: so unterscheide man drey Fälle; der erste ist, wenn die Bedingung noch schwebt; der zweyte, wenn sie existiret, der dritte, wenn sie deficirt. 6) Schwebt sie noch, und ist casualis, oder mixta: so kann der eingesetzte Erbe die Erbschaft nach den Civilgesetzen nicht antreten; der Prätor aber giebt ihm bonorum possessionem secundum tabulas. Nur muß er Caution stellen, daß er die Erbschaft wieder herausgeben will, wenn die Bedingung deficiren sollte. 7) Ist die Condition eine potestativa affirmativa, und der Erbe kann sie sogleich erfüllen; z. E. es heißt, A. soll mein Erbe seyn, wenn er heyrathet, und der Erbe ist im Stand zu heyrathen: so muß er es sogleich nach dem Absterben des Testators thun. Ist dieß aber nicht möglich, weil z. E. der Erbe noch zu jung ist: so muß er wieder bon. poss. sec tabulas suchen, und Caution stellen. 8) Ist sie hingegen negative beygefügt: so kann er die Erbschaft antreten, wenn er die Mucianische Caution leistet. Z. E. wenn es im Testament heißt: A. soll mich erben, wofern er nicht Soldat wird: so muß er Caution stellen, daß er kein Soldat werden wolle. Nach den alten Gesetzen konnte er in seinem ganzen Leben die Erbschaft nicht bekommen; denn so lang er lebte, war es immer noch möglich, daß er gegen die Vorschrift des Testaments handelte. Aber Q. Mucius Scävola, Pontifex Maximus führte den Satz ein, daß der Erbe zur Erbschaft gelassen werden solle, wenn er Caution leistete, daß er den Willen des Testators nie übertreten würde, und daher heißt diese Caution die Mucianische.

9) Existirt die Bedingung: so bekommt der Erbe die Erbschaft, und zwar vom Todt des Testators, nicht erst von dem Tag an, da die Bedingung existirt; retro pura censetur institutio. Nur muß der Erbe die Existenz der

Con-

Condition erleben. Stirbt er vorher: so bekommt er nichts, und seine Erben eben so wenig; institutio fit caduca.

Eben so ist es 10) wenn die Bedingung deficirt. Das Testament geht zu Grund, und der Erbe erhält die Verlassenschaft nicht. (S. die 32. Tabelle.)

Die Anmerkung sagt: in den Contracten hat eine unmögliche Bedingung ihre Wirkung. Sie wirkt nemlich so viel, daß der Promissor, welcher etwas unter einer unmöglichen Bedingung versprochen hat, gar nicht verpflichtet wird. (§. 740.) Hier haben die Gesetzgeber nicht verboten, unmögliche Bedingungen festzusetzen, und sie daher auch ihrer Wirkung nicht beraubt.

(1) Dieß schrieb ich im Jahr 1782. Seitdem hat mich Montgolfier widerlegt.

(2) Ich habe noch verschiedenes hierbey zu bemerken. (1) Die Ursache, warum die unmögliche Bedingungen als nicht beygefügt angesehen werden, ist nicht ausgemacht. a) *Averan.* interpret. lib. 2. p. 595. und *Maians.* disp. 34. §. 4. 5. sagen, dem Testator ist daran gelegen, daß sein Wille erhalten werde; es ist nicht zu glauben, daß er eine unwirksame Verordnung habe machen wollen. Es ist also zu vermuthen, daß dem Testator die Bedingung aus Uebereilung, Verwirrung, in der Todesangst entwischt ist. Diese Ursache scheint mir nicht die wahre. Wer wird z. E. aus Uebereilung und Verwirrung sagen: Titius, si digito coelum tetigerit, L. 16. de iniusto, rupto, oder Titius heres esto, si mare ebiberit, ein Exempel, das *Theoph.* ad §. 10. h. t. giebt. Und wie, wenn ausgemacht wäre, daß der Testator seinen letzten Willen bey ganz gesunden Tagen aufgesetzt habe, aus dem ganzen Inhalt erhellete, daß er mit völliger Ueberlegung gesprochen habe? b) *Richter* diss. de conditione impossib. ultimae volunt. adiecta, indistincte pro non scripta habenda, p. 1. 2. führt zur Ursache an: weil Niemand zu unmöglichen Dingen verpflichtet werden könne. Allein auf diese Weise müßte die unmögliche Bedingung auch in Contracten weggenommen werden. Die richtige Ursache ist also wohl c) die im §. angeführte, die die auch *Brussel.* p. 298. annimmt. 2) Da die Ursache der Verordnung: conditio impossibilis detrahitur, nicht klar ist: so wird auch sehr darüber gestritten, ob die unmögliche Bedingungen unwirksam seyen, wenn sie der Erblasser für möglich halten hat. Man hat drey verschiedene Meynungen; die erste ist: nur jede unmögliche Bedingung ist unwirksam, der Testirer mag gewußt haben, daß sie unmöglich sey, oder nicht. *Averan.* l. c. p. 601. *Amaga* observ. lib. 2. cap. 12. *Richter* diss. cit. Die zweyte: eine schlechterdings unmögliche Bedingung ist unwirksam, dem Testirer mag die Unmöglichkeit bekannt, oder nicht bekannt gewesen seyn. Zufällig unmögliche Bedingungen aber sind nur alsdann unwirksam, wenn der Testator die Unmöglichkeit gewußt; wirksam, wenn er sie nicht gewußt hat. *Duranus* l. c. cap. 7. n. 7. Die dritte endlich: eine jede unmögliche Bedingung ist wirksam, wenn der Testirer die Erfüllung für möglich gehalten hat. Diese Meynung vertheidigt *Brussel* p. 299. und *Becker* diss. de conditione impossibili non indistincte pro non scripta habenda. (Rostoch. 1754.) §. 19. sq. und ich halte sie für die richtige. Denn wenn der Testirer glaubte, die Erfüllung der Bedingung sey möglich, wie z. E. viele Leute die Uni-

versalarzney für möglich halten: so kann man ihn wegen der Beyfügung der Condition nicht strafen. Könnte der Erbe beweisen, daß der Testator nur gewollt hätte, er, der Erbe solle sich alle Mühe geben, die Bedingung zu erfüllen, und daß der Testator die Bedingung würde weggelassen haben, wofern er die Unmöglichkeit gewußt hätte; so würde er zur Erbschaft zu lassen seyn. *Becker* l. c. Uebrigens muß vor allen Dingen klar seyn, daß der Testator, welcher eine unmögliche Bedingung vorschreibt, noch bey Verstand gewesen sey. Denn hat er sie aus Mangel der Vernunft verordnet: so fallen alle Fragen über ihre Wirksamkeit oder Unwirksamkeit weg.

§. 494. Vom iure accrescendi.

Bey den Erbschaften kommt zuweilen ein Recht vor, welches *ius accrescendi* heißt. Wenn nemlich ein Miterbe wegfällt, das heißt, wenn er seine Erbportion nicht haben will, oder nicht haben kann: so fällt diese Portion auf die übrigen Miterben (accrescit reliquis). Ich sage, wenn er seine Erbportion nicht haben kann. Dahin gehört, wenn er vor dem Erblasser, oder vor Erfüllung der Condition stirbt; wenn die Condition gar nicht erfüllt wird; (§. 493. Num. 8. und 9.) wenn er nicht fähig ist, eine Erbschaft zu erwerben. (§. 486. 487.) Dieses ius accrescendi ist zugleich mit einer Nothwendigkeit verbunden. Es hängt nicht von den Miterben ab, ob sie die Portion des heredis deficientis haben wollen, oder nicht; sie müssen entweder diesen Theil annehmen, oder auf die ganze Erbschaft Verzicht thun. Daher brauchen sie auch nicht einmal zu wissen, daß ihr Miterbe weggefallen, und ihnen sein Theil zugewachsen sey. Es accrescirt ihnen ohne ihr Wissen. Die Ursache ist: wenn das ius accrescendi nicht statt finden sollte: so müßte das Erbtheil des coheredis deficientis den Intestaterben zufallen, aber auf diese Weise würde der Testator zum Theil testatus, und zum Theil intestatus sterben. Da das nun nicht angeht: (§. 442.) so ist das ius accrescendi schlechterdings nothwendig.

TIT. XV.

DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

§. 495. Verschiedene Arten der Erbeseinsetzung.

Ein Testator kann Eine Person zum Erben einsetzen, er kann aber auch mehrere dazu ernennen. Wenn er mehrere dazu ernennt: so sind zwey Fälle möglich: entweder a) er setzt sie alle zugleich, auf einmal zu Erben ein, oder b) er setzt den zweyten auf den Fall ein, wenn der erste wegfällt.

Im

Im letzten Fall sagt man, ist eine *substitutio*, und zwar *directa*, *substitutio* im eigentlichen Verstand, eine Aftererbeinsetzung geschehen. Der zweyte Erbe, oder Aftererbe ist dem ersten substituirt. Sind aber die mehreren Erben auf Einmal eingesetzt: so sind sie entweder alle *directe* eingesetzt, oder einer *directe*, der andere *fideicommissarie*. Sie sind directe eingesetzt, wenn sie alle unmittelbar aus den Händen des Testators die Erbschaft erhalten sollen; z. E. es heißt A. B. und C. sollen meine Erben seyn. Und diese Erben heissen Miterben (coheredes) (*1). Hingegen einer ist directe, der andere fideicommissarie eingesetzt, wenn der Testator verordnet, daß einer die Erbschaft antreten, sie aber dem andern wieder herausgeben soll. Z. E. er sagt: A. soll mein Erbe seyn, und lebenslang die Erbschaft genieſſen. Aber nach seinem Todt soll sie an den B. abgetreten werden, nach dessen Absterben soll sie C. bekommen u. s. w. Diese Art der Erbeseinsetzung wird zuweilen, z. E. in der L. 57. §. fin. D. ad SCt. Trebell. auch eine Substitution genennt, nemlich *fideicommissaria*. Allein in eigentlichem und strengem Verstand ist sie keine Substitution (*2). (Man sehe die 33. Tabelle.)

(1) Auch *adiecti*, L. 7. D. h. t. L. 78. in fin. L. 85. D. de hered. instit.
(2) *Hunn.* resolut. lib. 2. tract. 6. qu. 3. pag. 451. *Vinn.* ad pr. I. h. t. n. 2.

§. 496. Was ist die Substitution?

Die Substitution in eigentlichem Verstand ist also die Einsetzung eines zweyten Erben, auf den Fall, wenn der erste wegfallen wird; eines dritten auf den Fall, wenn der zweyte wegfällt; eines vierten auf den Fall, daß der dritte wegfällt u. s. w. (*1) Sie setzt daher nothwendig wenigstens zwey Erben voraus, einen zweyten, der nach dem ersten eingesetzt ist; oder, wie man es auch sonst ausdrückt, wer substituirt, der macht Grade in der Erbeseinsetzung.

(1) Die Einwürfe gegen diese Definition widerlegt *Hunn.* in resolut. pag. 449. qu. 2. Secundum heredem scribere heißt also nichts anders, als substituiren und ein Substitut heres secundus, L. 8. C. de impub. et al. substit. (VI. 26.) oder auch heres gradu, secundo, tertio etc. L. 53. de hered. instit. sagt: in obscuro esse, Cornelium et Sallustium et Varronem primo, an secundo vel tertio gradu heredes instituere voluerit, es ist zweifelhaft, ob der Testator sie als Miterben eingesetzt, oder ob er sie substituirt habe.

§. 497. Gattungen derselben.

Bey der Substitution nimmt man entweder Rücksicht auf die Person, welche substituirt; oder man denkt sich den Fall, auf welchen substituirt wird. In Rücksicht auf die Person des Testators ist die Substitution entweder eine militarische, oder nicht militarische. Von der militarischen

handelt

handelt §. 512. von der nicht militarischen handeln die §§. 499-511. In Absicht des Substitutionsfalles aber ist die Substitution dreyerley, entweder die gemeine, oder die pupillarische, oder die quasipupillarische (* 1).

(1) *Arn. Rotgersii* diatr. ad L. 8. C. de impub. et al. substit. s. de quatuor speciebus substitutionum, in apodicticis demonstrat. ad illustr. ius rom. lib. 2. pag. 708. sqq.

§. 498. Fortsetzung.

Die gemeine (substitutio vulgaris) geschieht auf den Fall, wenn der erste Erbe gar nicht Erbe wird, weil er entweder nicht Erbe werden kann, oder die Erbschaft ausschlägt. Es kann nemlich geschehen, daß der, den ich zum Erben ernenne, noch vor mir stirbt, oder unfähig wird, Erbschaften zu acquiriren; z. E. er verläßt das Christenthum und wird ein Jude. (§. 486.) Wenn ich also einen Erben allein einsetze: so wage ich, daß mein Testament nicht bey Kräften bleibt, sondern unwirksam (destitutum) wird. Um diesen Fall zu verhüten, kann ich sagen: A soll mein Erbe seyn; gesetzt aber, daß er mein Erbe nicht werden könnte: so soll es B. seyn. Oder ich fürchte, der eingesetzte Erbe wird sich weigern, meine Erbschaft anzutreten, weil sie ihm etwa zu unbeträchtlich ist, oder weil er sie meinen Intestaterben nicht entziehen will, u. d. gl. Auch in diesem Fall kann ich mir durch eine Substitution helfen, und sagen: A. soll mein Erbe seyn; im Fall er aber Bedenken trägt, es zu werden: so setze ich den B. ein.

Die pupillarische Substitution geschieht auf den Fall, wenn mein unmündiges Kind in der Unmündigkeit sterben wird. Ich hinterlasse ein unmündiges Kind; fürchte, es möchte sterben, ehe es mündig wird, folglich eher, als es ein Testament machen kann; mein oder sein Vermögen werde also an die Intestaterben kommen, denen ich es nicht gönne. In diesem Fall kann ich dem Kinde pupillarisch substituiren, (*tabulas secundas facere*, wie es in der L. 41. §. 7. h. t. heißt) das heißt, verordnen, wer dessen Erbe seyn soll, wenn es in der Unmündigkeit sterben wird. Bey den Römern hatte ein Vater noch einen andern und dringendern Bewegungsgrund zu diesen Substitutionen. Wer ein unmündiges Kind hinterließ, mußte befürchten, daß die Intestaterben des Kindes diesem nach dem Leben standen. Er substituirte ihm also, damit niemand wußte, wer des Kindes Erbe seyn werde. Eben daher versiegelte er auch die Pupillarsubstitution besonders, so daß, wenn der erste Theil des Testamentes eröfnet wurde, worinn er sich einen Erben ernennt hatte, doch der andere Theil, welcher die Substitution enthielt, verschlossen blieb, bis das Kind in der Unmündigkeit starb (* 1).

Endlich die quasipupillarische Substitution setzt zum voraus, daß, jemand blödsinnige Kinder hat. Er fürchtet, sie möchten in der Blödsinnig-

sinnigkeit sterben, und daher ausser Stand seyn, ein Testament zu machen. Damit das Vermögen nicht auf Verwandte falle, die dessen unwürdig sind, oder damit die Intestaterben dem blödsinnigen Kind nicht nach dem Leben stehen mögen, macht er eine Verordnung: mein blödsinniges Kind soll mein Erbe seyn; wird es in dem Zustand der Blödsinnigkeit versterben: so soll A. dessen Erbe seyn. Und dieses ist die quasipupillarische oder Justinianeische Substitution.

(1) §. 3. I. de pup. substit.

(2) Noch habe ich anzumerken: 1) Die vulgaris substitutio wird in der famosen L. precibus 8. C. de impub. et al. substit. (VI. 26.) omnium totius Codicis legum celeberrima, wie Giphanius sagt, *substitutio in casum primum*, die pupillaris hingegen *in casum secundum* genennt. 2) Die vulgaris begreift die pupillarem, und umgekehrt die pupillaris die vulgarem in sich; das heißt, wenn ich gesagt hätte:

Mein Kind soll mein Erbe seyn. Sollte es aber nicht mein Erbe werden: so soll A. meine Erbschaft haben, } substitutio vulgaris.

und das Kind würde mein Erbe, stürbe aber unmündig: so kommt der Substitut ohne allen Zweifel zur Erbschaft. Hätte ich gesagt:

Mein Kind soll mein Erbe seyn. Stirbt es vor erlangter Mündigkeit: so soll ihm A. substituirt seyn, } substitutio pupillaris.

und das Kind würde gar nicht mein Erbe, weil es z. E. vor mir stürbe: so würde A. die Erbschaft bekommen. Dieses ist zwar nicht unbestritten, aber doch nach meiner Ueberzeugung wahr. L. 4. pr. D. h. t. sagt: cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligitur. Man s. *Bachov.* ad *Treutler.* vol. 2. disp. 11. th. 8. lit. *F. Hunn.* resolut. p. 457. *Vinn.* ad pr. I. de pup. substit. n. 5. sqq. Et in quaest. sel. lib. 2. cap. 24. *Franzk.* Ex. 6. qu. 6. *Cocceii* iur. controv. lib. 28. tit. 6. qu. 10. Noch zweifelhafter ist es, ob in dem Fall, wenn ich meinem *postumo* pupillarisch substituire, und dieser gar nicht zur Welt kommt, der Substitut zur Erbschaft gelassen werde? Die gemeine Meynung ist die bejahende. *Leyser* sp. 362. med. 6. Allein *Püttmann* in probabil. lib. 2. pag. 105. macht doch nicht unerhebliche Zweifel dagegen. Zu Cicero's Zeiten wurde ein berühmter Proceß über diese Frage geführt, das *iudicium curianum*, das Püttmann am a. O. S. 90. u. f. f. ausführlich beschreibt.

§. 499. Wer kann vulgariter substituiren?

Die gemeine Substitution also geschieht auf den Fall, wenn der eingesetzte erste Erbe gar nicht Erbe werden sollte. Jeder Testator kann jedem Erben auf diese Weise substituiren, und daher heißt sie auch die gemeine Substitution. Bey der pupillarischen ist dieß anders, wie wir im folgenden Titel hören werden. Nicht jeder Testator kann sie vornehmen, nur der Vater kann seinem unmündigen Kinde pupillarisch substituiren. Auch die quasipupillarische

rische kann nicht jeder Erblasser vornehmen. Die Eltern allein können den blödsinnigen Kindern auf diese Weise substituiren.

§. 500. Doppelter Fall dieser Substitution.

Der Fall der gemeinen Substitution: wenn der eingesetzte Erbe nicht Erbe wird, faßt wieder zwey besondere Fälle in sich, a) wenn er nicht Erbe seyn will, die Erbschaft ausschlägt; b) wenn er nicht Erbe seyn kann (*1).

Den ersten Fall heißt man *casum noluntatis*, oder wie andere sagen, *voluntatis*, den letzten *casum impotentiae*, oder, nach andern *potentiae*. Wer sich also kurz und doch richtig ausdrücken will, muß sagen: A. soll mein Erbe seyn, wird er aber nicht Erbe werden: so soll es B. seyn. Gesetzt aber, der Testirer substituirt nur auf den casum noluntatis, oder nur auf den casum impotentiae. Hier gilt die Regel: der Fall des Nichtwollens begreift den Fall des Nichtkönnens in sich, uud umgekehrt; (casus noluntatis sub se complectitur casum inpotentiae, et casus impotentiae complectitur casum noluntatis.) Man denke also den Fall: der Testirer hat gesagt:

A. soll mein Erbe seyn.

Will er meine Erbschaft nicht antreten: so soll sie B. haben.

Nun stirbt aber A. noch vor dem Testator, er kann also dessen Erbe nicht seyn. Bekommt der Substitut B. die Erbschaft? Allerdings. Denn obgleich nur der Fall des Nichtwollens ausgedrückt ist: so ist doch der Fall des Nichtkönnens stillschweigends darunter begriffen. Ein gleiches hat statt, wenn der Testator nur den Fall des Nichtkönnens ausdrückt, und der Erbe die Erbschaft wohl antreten könnte, aber nicht will. Denn auch in diesem Fall wird der Substitut dazu gelassen (*2).

(1) *Reinharth* ad *Christin.* vol. 4. obs. 25.

(2) Dieser Satz: der Fall des Nichtwollens ist unter dem Fall des Nichtkönnens begriffen, und umgekehrt, ist zwar nicht ausser Zweifel; denn *Bachov* ad *Treutler.* vol. 2. disp. 11. th. 6. lit. A. *Fachineus* in controvers. lib. 4. cap. 61. *Vinnius* ad pr. I. h. t. n. 3. und andere verwerfen ihn. Es ist auch freylich wahr, daß man kein ausdrückliches Gesetz dafür anführen kann. Allein es ist doch dem vermuthlichen Willen des Testators gemäß, daß man seine Worte ausdehnend erkläre. Auch verordnet L. 4. pr. et §. sqq. D. de vulg. et pup. substit. daß die gemeine Substitution die pupillarem stillschweigends und implicite in sich fassen soll. (§. 498.) Daraus läßt sich der analogische Schluß machen, daß der casus noluntatis den casum impotentiae ebenfalls in sich begreife. Wenigstens ist unsere Meynung in der Praxis angenommen. Man sehe *Fusar.* in tract. de substit. part. 1. quaest. 30. *Struv.* ex. 33. th. 13. *Hahn* ad *Wesenbec.* tit. de vulg. et pup. substit. n. 4. *Voet.* eod. tit. n. 12. *Berger* resolut. eod. tit. quaest. 1. *Cocceii* iur. contr. eod. tit. quaest. 5. *Stryk* de cautel. test. cap. 18. §. 9. *Walch* controv. p. 176. *Pufendorf* tom. 2. obs. 98.

§. 501. Wer kann substituirt werden?

Die Substitution ist die Einsetzung eines zweyten Erben; also eine Erbes-

beseinsetzung. Daraus folgt: 1) wer zum ersten Erben eingesetzt werden kann, der kann auch substituirt werden, und die Personen, welche man als erste Erben nicht einsetzen kann, (sie sind im vorigen Titel §. 486. und 487. beschrieben), die kann man auch nicht substituiren. 2) Mehrere können an die Stelle eines einzigen substituirt werden; z. E.

A. soll mein Erbe seyn.
Will oder kann er es aber nicht werden, so soll es B. und C. seyn.

Aber auch Einer an die Stelle von mehreren; z. E.

A. und B. sollen mich erben.
Wenn aber keiner von ihnen mich erben kann oder will: so soll C. substituirt seyn;

und mehrere einzelne an die Stelle von mehreren einzelnen, (singuli in locum singulorum) z. E.

A. und B. sollen meine Erben seyn.
Sollte aber einer oder der andere mein Erbe nicht werden: so substituire ich dem A. den D. und dem B. den E.

3) Auch die Miterben können einander wechselsweise substituirt werden, z. E.

A. B. C. sollen meine Erben seyn.
Sollte einer oder der andere nicht wollen oder nicht können meine Erbschaft annehmen: so sollen ihm die übrigen substituirt seyn.

Dieß heißt substitutio reciproca oder mutua. Einige nennen sie auch breviloquam, weil sie kurz (brevi locutione) also ausgedrückt werden kann:

A. B. C. sollen meine Erben seyn.
Und ich substituire sie einander.

Sie ist aber keine eigene und besondere vierte Gattung von Substitution, wie einige glauben; sondern eine gemeine, (substitutio vulgaris) und zwar eine Untergattung derselben, eine doppelte, dreyfache, vierfache ꝛc. substitutio vulgaris (* 1).

(1) *Giphanii* Explanatio difficilior. LL. Cod. tit. de impub. et al. substit. pag. 57.

§. 502. Wie viel bekommt der Substitut? Er muß den Fall der Substitution erleben.

Der zweyte Erbe wird an die Stelle des ersten substituirt. Daraus folgt 4) daß der zweyte denselben Erbtheil bekommt, den der erste würde erhalten haben; wofern nemlich der Testator nicht ein anders verordnet. Z. E. es heißt:

A. und B. sollen meine Erben seyn.
A. auf zwey Drittheil, B. auf ein Drittheil.
Dem A. substituire ich den C.
Dem B. aber den D.

Wenn in diesem Fall A. nicht Erbe wird: so fallen dessen $\frac{2}{3}$ auf den C, und wenn B. wegfällt: so kommt sein $\frac{1}{3}$ auf den D. Insonderheit gilt diese Regel auch bey der wechselseitigen Substitution der Miterben. Man nehme also an, es heiße: A. B. und C. sollen meine Erben seyn, A. auf $\frac{1}{12}$, B. auf $\frac{8}{12}$ und C. auf $\frac{3}{12}$, und ich substituire sie einander. Nun könnte oder wollte B. nicht erben. In diesem Fall würde seine Portion in 9. Theile getheilt werden, A. davon $\frac{1}{9}$ und B. $\frac{8}{9}$ bekommen (* 1). 5) Der Substitut muß den Fall erleben, auf den er substituirt ist. Wenn er also stirbt, während der Zeit, als der erste Erbe deliberirt, ob er die Erbschaft antreten soll; so ist die Substitution erloschen. Z. E. es heißt in dem Testament: A. soll mein Universalerbe seyn, gesetzt aber, er will oder kann es nicht werden: so soll mich B. erben. A. ist zweifelhaft, ob er die Erbschaft annehmen soll oder nicht. Er bittet also um Deliberationsfrist. Während derselben stirbt der Substitut. Nach seinem Todt schlägt A. die Erbschaft aus. Können jetzt die Erben des Substituten Anspruch daran machen? Nein! denn ihr Erblasser hat den Fall, auf den er substituirt war, (wenn A. nicht Erbe seyn will,) nicht erlebt. Die Substitution erlischt aber auch, sobald der erste Erbe die Erbschaft antrit. Denn nun ist der Fall der Substitution nicht vorhanden. Der Substitut soll nur alsdann zur Erbschaft gelangen, wenn der erste Erbe nicht Erbe werden wird. Dieser ist aber nun Erbe geworden; folglich hat die Substitution ein Ende.

(1) L. 24. D. h. t. §. 2. I. h. t. ibique *Vinn.*

§. 503. Von der Regel: Substitutus substituto substitutus est instituto.

Die Substitutionen sind zu dem Ende erfunden, daß die Testamente nicht aus Mangel eines Erben zu Grund gehen sollen. Daraus schließt denn unser Autor den Satz: wer dem Substituten substituirt ist, der ist auch dem Instituten (dem ersten Erben) substituirt. Z. E. es heißt:

A. soll mein Erbe seyn.
Wenn er nicht Erbe seyn kann oder will, soll es B. seyn.
Und wenn es B. auch nicht seyn will, oder nicht seyn kann: so soll es C. seyn.

A. ist also institutus, B. ist substitutus instituto, C. ist substitutus substituto; eben darum aber ist er auch ein substitutus instituti, des A. nemlich. Dieser

Satz

Satz scheint steril; allein er hat practische Folgen, die unter andern Vinnius, Cocceji und Huber zeigen (* 1).

Man denke sich z. E. folgenden Fall:

Die Erben sind — — A. B. und C. jeder zu $\frac{1}{3}$.
Dem A. ist substituirt: B.
Dem B. ist substituirt: X.

Also A. ist institutus, B. ist substitutus, X. aber substitutus substituto. Nun nehme man an, A. und B. fallen weg, B. stirbt, ehe er die Erbschaft angetreten hat, und darauf schlägt sie auch A. aus. Jetzt bekommt X. $\frac{2}{3}$ der Erbschaft. Nemlich er bekommt $\frac{1}{3}$, weil er ein Substitut des B. ist, und dieser auf $\frac{1}{3}$ eingesetzt war. Weil er aber zugleich ein Substitut des A. ist: (nam substitutus substituto, etiam est substitutus instituto) so bekommt er auch das $\frac{1}{3}$, welches dem A. bestimmt war (* 2).

(1) *Vinnius* ad §. 3. I. h. t. *Cocceji* iur. controv. tit. de vulg. et pup. substit. qu. 2. *Huber* in praelect. h. t. n. 2.

(2) Sonderbar ist es, daß in einigen Fällen, wo es zweifelhaft ist, ob der Substitut als Substitut die Erbschaft verlangen könne, die Römischen Juristen ihn als Miterben dazu lassen. Zwey dieser Fälle führt Julian in der L. si pater familias 40. D. de hered. instit. an. Der erste ist: Jemand setzt den Titius, den er fälschlich für einen freyen Menschen hält, zum Erben ein, und substituirt ihm vulgariter den Sempronius. Weil aber Titius ein Sklav ist: so verlangt sein Herr die Erbschaft. Dieß widerspricht der Substitut, und macht für sich Anspruch darau. Der zweyte Fall ist: Ich setze einen wirklich freyen Menschen ein, der aber nachher in die Sklaverey fällt, und substituire ihm. Auch jetzt entsteht Streit zwischen dem Herrn des Sklaven und dem Substituten. Julian hält die Sache für so zweifelhaft, daß er ein Schnitterurtheil fällt, und die Erbschaft zwischen dem Herrn des Sklaven und den Substituten getheilt haben will. Ein Ausleger nennt dieß Urtheil nicht ohne Grund anile et rusticum. Aber wie viel soll dann jeder Prätendent erhalten? Nach der L. 41. eod. und dem Theophilus ad §. ult. I. h. t. wird die Erbschaft in zwey gleichen Theilen unter sie vertheilt, und das ist dann auch, wenn doch einmal getheilt werden soll, das natürlichste. *Vinn.* ad d. §. ult. n. 5. Allein Julian sagt: semisses fiunt, ita ut *alter semis* inter eum, qui dominus instituti heredis fuerit et substitutum aequis portionibus dividatur. Alter semis? Warum soll denn nur Eine Hälfte unter den Partheyen getheilt werden? wer soll die andere bekommen? Ich will die vielerley Meynungen und Erklärungen nicht anführen. Manche davon erzählt *Otto* ad d. §. ult. Keine, auch die, welche *Püttmann* probabil. lib. 1. cap. 16. hat, gefällt mir so gut als die Alciatische, dispunct. lib. 1. cap. 2. Dieser Jurist nimmt an, Julian habe sich den Fall gedacht, daß Titius und Sempronius zu Erben eingesetzt, und letzter dem ersten zugleich substituirt sey. Jetzt wird die Erbschaft in zwey gleiche Theile getheilt. Die eine Hälfte theilen der Herr des Titius und Sempronius als Substitut, die andere bleibt natürlicher Weise dem Sempronius als Miterben. Von dieser war keine Frage, Julian redet also nicht davon. Nach Alciat's Versicherung liest ein Manuscript, das er eingesehen

hat, wirklich eique si heres non esset, Sempronium coheredem substituerit. Uebrigens ist die L. 40. durch die L. 3. C. de hered. instit. und das billig, aufgehoben. Der dritte Fall, wo der Substitut als Miterbe zugelassen wurde, kommt bey *Ulpian* tit. 22. §. 34. vor.

TIT. XVI.

DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

§. 504. Was ist die pupillarische Substitution?

Die pupillarische Substitution ist eine Erbeseinsetzung, welche der Vater im Namen und statt seines unmündigen, in der väterlichen Gewalt befindlichen Kindes vornimmt, auf den Fall, wenn es unmündig sterben wird. Sie ist zuweilen eine wahre Substitution, zuweilen nur zum Theil, zuweilen gar nicht. Ich sage, sie ist zuweilen eine wirkliche Substitution, in dem Fall nemlich, wenn der Vater das unmündige Kind zum Erben ernennt, und dieses kein eignes Vermögen (peculium) hat. Sie ist zuweilen nur zum Theil (respective) eine Substitution, wenn der Vater das Kind zwar zum Erben ernennt, aber dieses auch eignes Vermögen besitzt. Z. E. das unmündige Kind hat 5000 Rthlr. mütterliches, vom Vater erbt es 10000 Rthlr. Wenn ihm der Vater den A. pupillarisch substituirt: so ist seine Verordnung nur in Ansehung der 10000 Rthlr. väterlichen Vermögens eine wahre Substitution; denn das Kind ist der erste Erbe von diesem Vermögen, der A. aber zweyter oder Nacherbe. Hingegen in Rücksicht auf die 5000 Rthlr. mütterliches Vermögen ist es keine Substitution; weil das Kind in Ansehung dieser nicht Erbe des Vaters, also der A. kein Nacherbe ist. Endlich ist aber auch die pupillarische Substitution zuweilen gar keine Substitution; alsdann nemlich, wenn das unmündige Kind vom Vater nichts erbt, aber eignes Vermögen hat, und ihm nur für dieses pupillarisch substituirt wird. Denn jetzt fehlt es an einem zweyten oder Nacherben völlig (* [1]).

(1) *Merenda* controvers. lib. 4. cap. 6. Anderer Meynung sind *Reuter* diss. de substitut. reciproca, §. 1. not. und *Georg Sam. Madihn* diatr. vicissitudines substitutionis impuberum complexa, §. 81. Sie glauben, die Pupillarsubstitution sey auch in dem Fall, wenn der Unmündige enterbt wird, eine wahre Substitution. Aber ihre Gründe beweisen nur, daß ihre Definition der Substitution, und nicht, daß die Begriffe der Römischen Juristen von dieser Handlung auf die pupillarische Substitution ohne Unterschied passen. Schon das Wort substituere bringt es mit sich, daß man einen Erben an die Stelle des andern Erben setzt. Wo also dieses nicht geschieht, da ist keine Substitution.

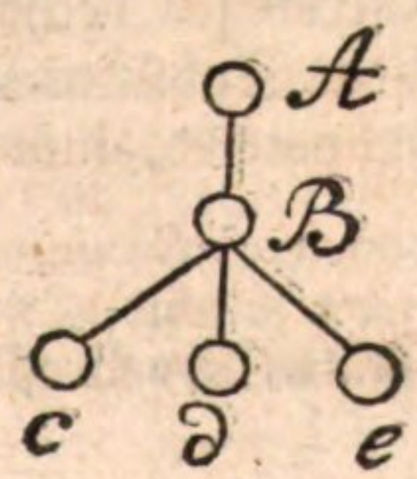
§. 505. Grundsätze derselben.

Bey der Pupillarsubstitution sind folgende Grundsätze zu bemerken: 1) das Fundament dieser Substitution ist die väterliche Gewalt. 2) Die Ursache aber, warum die Gesetze dem Vater das Recht, pupillarisch zu substituiren, gegeben haben, liegt in der Unmündigkeit, welche nicht erlaubt zu testiren. Könnte das unmündige Kind selbst testiren: so brauchte der Vater kein Testament in dessen Namen, und statt seiner zu machen. 3) Wer pupillarisch substituiren will, muß über sein eignes Vermögen testiren. Wo also eine Pupillarsubstitution seyn soll, da muß allezeit eine doppelte Erbeinsetzung geschehen, der Vater muß a) sich selbst, b) dem unmündigen Kind einen Erben ernennen. Das ist einerley, ob der Vater seinen und des Kindes Erben in Einem, oder in verschiedenen Testamenten (diversis tabulis), zu Einer, oder zu verschiedenen Zeiten, ernennen will. Er kann auch seinen Erben mündlich, des Kindes seinen schriftlich ernennen und umgekehrt. Gestritten wird darüber: ob ein Testament, worinn der Vater seinen Erben bestimmt, und zugleich seinem Kind pupillarisch substituirt, ein einfaches, oder doppeltes sey (*[1])? Es kommt aber auf die Frage nichts an. Gewiß ist, daß in einem solchen Testament keine 14, sondern nur 7 Zeugen nöthig sind.

(1) *Madihn* l. c. §. 21.

§. 506. Vom Grund der Pupillarsubstitution.

Der Grund der Pupillarsubstitution ist die väterliche Gewalt. Daher kann nur der Vater, und nicht die Mutter auf diese Weise substituiren. (*[1]). (§. 99. 104.) 2) Der Vater kann nur den Kindern pupillarisch substituiren, die noch in seiner Gewalt sind (suis); nicht denen, welche durch Emancipation, oder auf andere Art davon frey geworden sind. Das ist gleichgiltig, ob die Kinder zur Zeit des Testaments schon gebohren sind, oder erst nachher gebohren werden; man kann auch den posthumis pupillarisch substituiren. Sie werden vermöge einer Rechtsfiction angesehen, als ob sie schon gebohren, und in des Testators Gewalt wären. 3) Auch den Enkeln kann der Großvater substituiren, die in seiner Gewalt sind (*[2]), wofern sie nur nicht nach des Großvaters Todt in des Vaters Gewalt fallen; denn in diesem Fall kann ihnen der Großvater nicht substituiren. Z. E.



Man

Man nehme an, A habe seinen Sohn B, und seine Enkel c d e in der väterlichen Gewalt, und mache ein Testament. Kann er wohl den Enkeln pupillarisch substituiren? Nein; denn nach seinem Todt fallen sie in ihres Vaters B Gewalt. Dieser also kann und wird ihnen ihr Testament machen, wenn ers nöthig findet. Gesetzt aber, der Vater B wäre vor dem Großvater A gestorben. Jetzt kann A seinen Enkeln pupillarisch substituiren.

Hat ein Großvater einen Sohn und Enkel in seiner Gewalt, und glaubt, der Sohn möchte sterben, oder aus der väterlichen Gewalt gehen: so kann er den Enkeln formula legis Iuniae Velleiae substituiren. Diese Formel heißt: filius meus heres esto; si vero me vivo suus heres esse desinit, nepos ex eo mihi heres esto; et si hic ante puberatem decesserit, Pomponius ipsi substitutus esto. In dem gegebenen Fall würde A also sagen müssen: Mein Sohn B soll mein Erbe seyn. Wird er bey meinen Lebzeiten aus der väterlichen Gewalt gehen, die Enkel c d e aber darinn bleiben: so sollen diese meine Erben seyn; und wenn sie in der Unmündigkeit sterben, soll ihnen X substituirt seyn.

(4) Auch den enterbten Kindern kann der Vater pupillarisch substituiren; denn die Enterbung hebt die väterliche Gewalt nicht auf. (§. 154.) Der Fall wird zwar nicht leicht vorkommen; denn welcher Vater wird auf die Gedanken kommen, ein unmündiges Kind zu enterben, er müßte es denn bona mente thun. (§. 535.) Indessen ist es doch möglich. Nur kann der Vater alsdann dem Substituten des enterbten Kindes keine Vermächtnisse zu bezahlen auflegen. Der Grund davon steht in der Note: weil man keinen oneriren, mit Vermächtnissen beschweren soll, den man nicht honoriret, d. i. dem man nichts hinterlassen hat.

5) Die Pupillarsubstitution erlischt, wenn das unmündige Kind emancipirt, oder auf andere Art bey Lebzeiten des Vaters von dessen Gewalt frey wird. Denn die Gesetze erfordern, daß, wenn die substitutio pupillaris gelten soll, das unmündige Kind sowohl zu der Zeit, da das Testament gemacht wird, als zu der Zeit, da der Testator stirbt, in dessen Gewalt sey (*3). Endlich geht auch diese Substitution zu Grund, wenn das unmündige Kind nach des Vaters Todt arrogirt wird. Indessen schadet dieß dem substituto nichts. Denn der arrogator eines Unmündigen muß, wie wir oben im Titel de adopt. gehört haben, (§. 145.) Caution stellen, daß er, im Fall das Kind unmündig stirbt, dessen Vermögen rechtmäßigen Erben herausgeben wolle. Dergleichen aber ist der Substitut. Dieser also, wie Bachov sagt: bona, quae summo iure non poterat, iure cautionis consequitur (*4).

(1) *Cocceii* ius controvers. h. t. qu. 10. *Struv.* ex. 33. th. 23. *Berger* resolut. h. t. qu. 2. *Wernher* tom. 1. part. 5. obs. 157. p. 1070. *Stockmann* diss. ad L. 33. D. h. t. Lips. 1779. Der mütterliche Großvater kann gar nicht pupillariter sub-

ſubſtituiren. *Georg Dav. Richerz* diſſ. variae quaeſtiones circa teſtam. avi materni. Giſſ. 1775. §. 7.

(2) Wie aber, wenn ein Sohn durch Anſtellung eigner Oeconomie aus der väterlichen Gewalt gegangen, geſtorben iſt, und Kinder hinterlaſſen hat: kann dieſen den Großvater pupillariſch ſubſtituiren? Eine in unſern Tagen berühmt gewordene Streitfrage, als ſich der Fall im Hannövriſchen zutrug. Juſt. Henning Böhmer ſchrieb damals ſeine Diſſertation de ſtatu liberorum ſui iuris factorum per ſeparationem vel nuptias, und behauptete, die Subſtitution ſey giltig. Aber Grupen widerlegte deſſen Gründe in ſ. Diſceptat. forenſ. S. 208. u. f. f. weitläuftig. Georg Ludw. Böhmer ſuchte ſeinen Vater in der Vorrede zum tom. 1. Exercit. ad Pand. zu vertheidigen. Der Proceß kam an das Oberappellationsgericht zu Celle, und die Subſtitution wurde für ungiltig erklärt. M. ſ. *Pufendorf* tom. 3. obſ. 1. Ich glaube mit Recht; denn die väterliche Gewalt wird durch die Anſtellung einer Oeconomie aufgehoben; folglich hören auch ihre Wirkungen auf, inſonderheit das Recht pupillariſch zu ſubſtituiren. *Reinharth.* ad *Chriſtin.* vol. 4. obſ. 27.

(3) *Hunn.* in reſolut. pag. 461. qu. 11.

(4) *Bachov* ad *Treutler.* vol. 2. diſp. 11. theſ. 8. lit. D. theſ. 9. lit. F. *Idem* ad prota Pand. tit. de adopt. p. 212. n. 12. *Martini* tract. de ſubſtitut. pupillari, cap. 5. §. 9. ibique cit. Wenn übrigens *Denecken* diſſ. de ſucceſſione ex pupillari ſubſtitut. §. 16. in dem fünften Satz dieſes Paragraphs einen ſchändlichen Fehler glaubt gefunden zu haben: ſo iſt ſein Tadel vielmehr ein ſchändlicher Fehler.

§. 507. Auf wie lange kann man pupillariſch ſubſtituiren?

Die Urſache, warum die Geſetzgeber dem Vater das Recht, pupillariſch zu ſubſtituiren, ertheilt haben, liegt in der **Unmündigkeit**, und dem daraus entſpringenden Hinderniß ein Teſtament zu machen. Daraus folgt 6) daß man den Kindern nicht über die Jahre der Unmündigkeit, das heißt, Söhnen nicht länger, als bis in das 14te, Töchtern nur bis in das 12te Jahr ſubſtituiren kann (*[1]). Auf kürzere Zeit ihnen zu ſubſtituiren, iſt erlaubt. Geſetzt alſo, der Vater ſagt: **mein Sohn ſoll mein Erbe ſeyn; wird er aber vor dem 25ten Jahr ſterben: ſo ſubſtituire ich den A.** Dieſe Verordnung iſt ungiltig; ſie gilt nemlich nur bis zu den Jahren der Mündigkeit. Denn 7) ſobald das Kind, dem ich pupillariſch ſubſtituire, dieſe Jahre erreicht: ſo iſt die Subſtitution erloſchen (*[2]). Habe ich auf kürzere Zeit ſubſtituirt, z. E. nur bis in das zehende Jahr: ſo erliſcht die Subſtitution ſchon in dieſem Jahr.

(1) L. 7. h. t. ſagt: verbis civilibus, (d. i. directe) ſubſtitutionem pupillarem poſt quartum decimum annum aetatis fruſtra fieri convenit, (ein Fideicommiß kann man machen auf ſo viele Jahre, als man will); ſed qui non admittitur ut ſubſtitutus, ut adiectus heres quandoque non erit. (Der Subſtitut kann auch nie als adiectus, d. i. als Miterbe zur Erbſchaft kommen. Es giebt nemlich Fälle, wo ein Subſtitut zur Erbſchaft als Miterbe gelangt. S. §. 503. Not.

Not. 2.) ne fiat contra voluntatem, ſi filius non habeat totum interim, quod ei teſtamento pater dedit. Denn wollte man ihn als Miterben anſehen: ſo würde er ſogleich nach dem Todt des Teſtators die Hälfte der Erbſchaft verlangen können; der Sohn würde alſo, gegen den Willen des Vaters, interim, d. i. bey ſeinem, des Sohns Leben, die Hälfte entbehren.

(2) Merkwürdig iſt L. 41. §. 7. D. h. t. wo Papinian ſagt: cum pater impuberi filiae, quae noviſſime diem ſuum obiiſſet, tabulas ſecundas feciſſet, et impubes filia ſuperſtite ſorore pubere vita deceſſiſſet, irritam eſſe factam ſubſtitutionem placuit, in perſona quidem prioris, quia non noviſſima deceſſit, in alterius vero, quia puberem aetatem complevit. Der Fall iſt: ein Vater hatte zwey Töchter, er ſubſtituirte (tabulas ſecundas fecit) der, welcher zuletzt ſterben würde, den A. pupillariſch. Nun wird die älteſte mündig, darauf ſtirbt die jüngſte unmündig. Natürlicher Weiſe geht jetzt die Subſtitution zu Grund. Denn die älteſte Tochter iſt mündig, folglich hat in ihrer Perſon die Subſtitution ein Ende. Die jüngſte iſt nicht zuletzt geſtorben, ſondern zuerſt; alſo hat auch bey ihr die Subſtitution keine Anwendung. Deutlicher hätte ſich Papinian ausgedrückt, wenn er geſagt hätte, der Vater wollte, daß, wenn eine Tochter ſtürbe, die andere ihr Erbe ſeyn; und wenn dieſe unmündig mit Todt abgehe, A ihr ſubſtituirt ſeyn ſolle. Da die letztlebende mündig geworden iſt: ſo kann der Subſtitut nichts mehr erwarten.

§. 508. Die Pupillarſubſtitution ſetzt eine doppelte Erbeseinſetzung voraus. Folgen dieſes Satzes.

8) Wenn ein Vater pupillariſch ſubſtituiren will: ſo muß er ſich ſelbſt einen Erben ernennen. Es geht nicht an, daß er ab inteſtato ſterben, und doch ſeinem Kind pupillariſch ſubſtituiren will. Die Römiſchen Geſetzgeber haben dieß als unſchicklich angeſehen. Sie ſagen, ſubſtitutio pupillaris iſt *pars et ſequela*, ein acceſſorium teſtamenti paterni. Ein acceſſorium aber ſetzt nothwendig ein principale voraus. Nur fragt ſichs: muß denn der Vater nothwendig zuerſt ſeinen, und alsdann erſt des Kindes Erben nennen, oder kann er die Ordnung umkehren? Wenn die doppelte Erbeseinſetzung zu einerley Zeit (actu eodem) geſchieht: ſo kommt nichts auf die Ordnung an. Will hingegen der Vater die zwey Erbeseinſetzungen zu verſchiedenen Zeiten vornehmen: ſo muß er zuerſt ſeinen, und nachher des Kindes Erben beſtimmen (*[1]).

9) Wenn der Fall der pupillariſchen Subſtitution exiſtirt, das heißt, wenn das Kind unmündig ſtirbt: ſo bekommt der Subſtitut nicht nur das väterliche, ſondern auch des Kindes eignes Vermögen, und geht allen Verwandten, ſelbſt der Mutter vor. Aber kann denn dieſe nicht wenigſtens den Pflichttheil fordern? Einige Juriſten (*[2]) ſagen mit unſerm Autor ja. Denn der Vater mache das Teſtament im Namen des Kindes, und dieſes ſey ſeiner Mutter den Pflichttheil ſchuldig. In den angeführten Geſetzen, L. 30. und 32. C. de inoff. teſtam. (III. 28.) ſey verordnet, der Pflichttheil dürfe keinem, dem er gebührt, auf irgend einige Weiſe entzogen werden. Allein Ulpian in

der

der L. 8. §. 5. D. de inoff. teſtam. und Bonifacius VIII. im cap. 1. de teſtam. in 6. ſagen ganz deutlich, daß die Mutter den Pflichttheil in dieſem Fall nicht verlangen könne. Daher behaupten auch die bewährteſten Juriſten (*3), daß man die Vorſchrift dieſes Geſetzes befolgen, und ſich durch keine weit hergeholte Argumente irre machen laſſen müſſe.

10) Wenn das Teſtament des Vaters nicht gilt, worinn er ſich einen Erben ernennt: ſo gilt auch die von ihm geſchehene Pupillarſubſtitution nicht. Ein einziger Fall iſt ausgenommen; wenn das väterliche Teſtament als inofficioſum, oder nullum ex Novell. 115. aufgehoben wird. Der Vater hat ſein unmündiges Kind enterbt, ohne eine gerechte oder gegründete Urſache anzuführen, und ihm pupillariſch ſubſtituirt. Es ſtellt alſo gegen das Teſtament eine Klage an, und ſtößt es um. Hier bleibt die pupillariſche Subſtitution bey Kräften. Denn, wie wir im Titel de querela inofficioſi hören werden, wird in vorgedachtem Fall die Erbeseinſetzung umgeſtoſſen, alle andere Verordnungen des Teſtaments bleiben giltig.

(1) So läßt ſich L. 2. §. 4. und §. 5. D. de vulg. et pup. ſubſtit. mit einander vereinigen. *Vinn.* ad §. 5. I. h. t. n. 1. *Io. Lud. Conradi* reprehenſ. p. 87. ſqq. in opuſc. vol. 1. p. 221. ſqq.

(2) Z. E. *Finkelthaus* obſ. 29. n. 17. ſqq. *Harpprecht* ad I. h. t. n. 47. *Brunnemann* ad L. 8. §. 5. D. de inoff. teſtam.

(3) *Carpzov.* part. 3. c. 8. d. 1. *Hartm. Piſtor* obſ. 30. *Merenda* controv. lib. 3. cap. 40. *Ant. Faber* conject. lib. 15. cap. 9. *Franzk.* exerc. 6. qu. 7. *Stryk* de caut. teſtam. cap. 18. membr. 2. §. 16. Deciſ. Caſſell. tom. 1. deciſ. 66. *Pufendorf* tom. 3. obſ. 117. *Heisler* diſſ. de pupillariter ſubſtituto matrem excludente. *Madihn* tr. de ſubſtit. pup. §. 23.

§. 509. Von der ſubſtitutione quaſi pupillari.

Die dritte Gattung der Subſtitution iſt die, welche blödſinnigen Kindern geſchieht. Die neuere Juriſten nennen ſie *quaſi pupillarem*, *exemplarem*, auch *Iuſtinianeam*. Quaſi pupillarem, weil ſie der pupillariſchen ähnlich: exemplarem, weil ſie nach dem Exempel jener erfunden, und Iuſtinianeam, weil ſie vom Juſtinian allgemein eingeführt worden iſt; denn vorher mußte jeder, der auf dieſe Weiſe ſubſtituiren wollte, bey dem Landesherrn um Diſpenſation bitten. Sie ſetzt voraus, daß Eltern ein blödſinniges Kind, *mente captum*, haben, und befürchten, es möge in dieſer Blödſinnigkeit ſterben; ſie ernennen ihm alſo auf dieſen Fall einen Erben. Der Grund, welcher den Geſetzgeber zu dieſer Verordnung bewog, iſt, wie er in der L. 9. C. de impub. et al. ſubſtit. (VI. 26.) ſagt, *humanitas*. Es iſt billig, daß man den Eltern erlaube, den blödſinnigen Kindern einen Erben zu ernennen, weil die Blödſinnige ſelbſt auſſer ſtand dazu ſind, und die Eltern gute Urſachen

sachen zu einer solchen Disposition haben können, wie ich bey dem §. 498. bemerkt habe.

§. 510. Unterschied dieser Substitution und der pupillarischen.

Die exemplarische Substitution ist zwar nach dem Exempel der pupillarischen eingeführt, sie geht aber doch in manchen Stücken von dieser ab. Nemlich es können 1) alle Ascendenten (*1) exemplarisch substituiren, Vater, Mutter, Großeltern u. s. w. Der Vater kann also auch den Kindern exemplarisch substituiren, die nicht mehr in seiner Gewalt sind. 2) Das blödsinnige Kind braucht nicht unmündig zu seyn (*2). Man kann zwar auch unmündigen blödsinnigen Kindern exemplarisch substituiren, aber die Unmündigkeit ist doch nicht erforderlich, wie bey der Pupillarsubstitution. 3) Die Eltern dürfen nicht einsetzen, wen sie wollen, sondern a) wenn der Blödsinnige Kinger hat: so müssen diese vor allen andern eingesetzt werden (*3). b) Sind keine Kinder da: so müssen des Blödsinnigen Eltern und Geschwister eingesetzt werden (*4). Ich sage die Eltern; z. E. wenn der Vater quasipupillarisch substituirt: so muß er die Mutter auf den Pflichttheil einsetzen, und umgekehrt. c) Hat der Blödsinnige keinen Ascendenten, als den, welcher quasipupillarisch substituirt: so kann der Testirer zum Erben ernennen, wen er will. Viele setzen noch eine vierte Differenz hinzu. Sie sagen: einem enterbten Kind kann man pupillarisch, aber nicht quasipupillarisch substituiren (*5). Allein ihre Gründe überzeugen mich nicht (*6).

(1) Wie aber, wenn Vater und Mutter zugleich dem blödsinnigen Kind substituiren, und verschiedene Erben einsetzen, welche Substitution geht vor? Einige geben der väterlichen den Vorzug. Andere behaupten, ich glaube mit Recht, beyde Substitutionen gelten; die väterliche in Ansehung des väterlichen Vermögens, und die mütterliche in Rücksicht der mütterlichen Güter. Ist noch anderes Vermögen vorhanden: so wollen einige den Substituten des Vaters vorziehen; andere behaupten mit besserem Grund, daß sich die Substituten darein theilen. *Martini* cap. 3. §. 9.

(2) Dieß ist wenigstens die richtigere Meynung. *Martini* l. c. §. 12. sqq.

(3) Das Gesetz sagt: der Testator müsse sie alle, oder einige, oder Eins davon einsetzen. Kann er also einige ohne alle Ursache ausschliessen? Dieß ist nicht zu behaupten. Die sämmtliche Kinder können den Pflichttheil verlangen. Hat sich eines der Enterbung schuldig gemacht: so kann es freylich enterbt werden. *Martini* l. c. cap. 4. §. 3.

(4) In dem Gesetz sind die Eltern zwar nicht genennt. Allein, da doch die Geschwister benahmt sind: so kann man die Eltern mit Grund nicht ausschliessen. Der Gesetzgeber hat der Eltern vermuthlich deswegen nicht gedacht, weil sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Natur vor den Kindern sterben, oder weil vor Publication der 118. Novelle die Eltern in der Erbfolge von den Geschwistern ausgeschlossen wurden. *Stryk* caut. testam. cap. 18. §. 20.

(5) Das Hauptargument ist, daß im Gesetz steht: liceat parentibus, legitima portio-

portione mente capto relicta, quos voluerint, ei subſtituere. Allein dieſe Worte enthalten nur einen Rath an die Eltern, ſie ſollen dem Blödſinnigen den Pflichttheil laſſen, damit nicht ſein Curator querelam inofficioſi, oder nullitatis gegen das Teſtament anſtellen könne, und dadurch die Erbeseinſetzung zu Grund gehe. Die Subſtitution bleibt auf alle Fälle bey Kräften. *Toullieu* l. c. p. 373. ſq.

(6) Dieſe Meynung vertheidigen z. E. *Hunnius* in reſolut. p. 472. qu. 22. *Vinn.* ad §. 1. I. h. t. *Cocceii* iur. controv. h. t. qu. 22. *Walch* controv. pag. 187. Aber das Gegentheil, daß man auch einem enterbten blödſinnigen Kind exemplariſch ſubſtituiren könne, behaupten, wie ich glaube, mit Grund *Stryk.* de cautel. teſtam. cap. 18. membr. 3. §. 15. *Toullieu* in diſſ. utrum filio exheredato poſſit exemplariter ſubſtitui, in collectan. n. 14. p. 366. Uebrigens glauben *Bachov.* vol. 1. diſp. 11. th. 11. und *Toullieu* am a. O. man könne ein blödſinniges Kind nicht anders, als *bona mente* enterben; eine Meynung, der ich keinen Beyfall geben kann.

§. 511. Fortſetzung.

Welchen Kindern kann quaſi pupillariter ſubſtituirt werden? Das Geſetz nennt nur die Blödſinnigen, *mente captos.* Daher behaupten auch viele Rechtsgelehrte, daß nur dieſen ſubſtituirt werden könne, und einige wollen ſogar die Raſende, *furioſos*, aasſchlieſſen (*1). Aber in der Praxis dehnt man das Geſetz auch auf die gerichtlich erklärte Verſchwender und Taubſtumme aus, weil jene gar nicht, dieſe zuweilen nicht teſtiren können, und daher die Raiſon des Geſetzes auf ſie eben ſo gut paßt, als auf die Blödſinnigen (*2). Was die Raſende betrift: ſo haben ſie entweder Zwiſchenzeiten, wo ſie vernünftig ſind, oder nicht. Den letzteren kann ohne Zweifel ſubſtituirt werden, den erſteren nicht (*3). Weil aber der Grund dieſer Subſtitution darinn liegt, daß dieſe Perſonen nicht teſtiren können: ſo hört die Wirkung der Subſtitution auf, ſobald das Impediment der Teſtamentsverfertigung gehoben iſt; das heißt, wenn der Blödſinnige wieder den Gebrauch ſeiner Vernunft erhält, dem Verſchwender die Verwaltung ſeines Vermögens wieder gegeben wird, der Taubſtumme ſeine Gedanken zu erkennen geben lernet.

(1) *Vinn.* ad §. 1. I. h. t. n. 3. *Hunnius* in reſolut. pag. 474. *Perez* ad Cod. tit. de impub. et al. ſubſt. n. 36. *Giphan.* explanat. difficil. LL. Cod. eod. tit. pag. 60. *Huber* praelect. h. t. n. 5. *Martini* l. c. cap. 3. §. 17. ſqq. *Madihn* viciſſ. ſubſt. exemplaris, §. 11. *Zepernick* ad *Beck.* de Nov. Leon. pag. 133.

(2) *Voet.* h. t. n. 6. *Stryk* caut. teſtam. cap. 1. membr. 3. §. 13. 14. *Struv.* ex. 33. th. 36. ibique *Müller.* *Vinn.* ad §. 1. h. t. *Lauterb.* coll. th. pr. h. t. §. 42. *Rotgerſius* l. c. (§. 497.) pag. 718. ſqq.

(3) *Huber* l. c. Daß das Geſetz die furioſos nicht nennt, kommt ohne Zweifel daher, weil die alte Juriſten bey einem furioſo Zwiſchenzeiten vorausſetzen. S. oben §. 62.

§. 512. Von der militarischen Substitution.

Gleichwie der Soldat überhaupt an die Regeln nicht gebunden ist, die ein paganus bey seinem Testament beobachten muß: so ist er auch insonderheit nicht schuldig, die Regeln der Substitution zu befolgen. Uebrigens sind seine Substitutionen, so wie bey den paganis, entweder vulgares, oder pupillares, oder quasi pupillares; und man kann daher nicht sagen, wie viele thun, es gebe vier Gattungen der Substitution: vulgarem, pupillaren, quasi pupillarem und militarem. Die Privilegien des Soldaten in dieser Materie sind: 1) daß er seinen Kindern über die Jahre der Pubertät substituiren, z. E. sagen kann; mein Sohn soll mein Erbe seyn; wird er aber vor dem 25ten Jahre sterben: so soll ihm A. substituirt seyn (*1). 2) Er kann auch einem fremden Erben auf den Fall directe substituiren, wenn er Erbe werden wird. Der paganus kann einem fremden Erben nur auf den Fall substituiren, wenn er nicht Erbe seyn will oder kann. Der Soldat kann z. E. sagen: A. soll mein Erbe seyn, wird er mein Erbe und stirbt; oder wird er mein Erbe, und stirbt vor dem dreyßigsten Jahre: so soll ihm B. substituirt seyn. Bey einem pagano würde diese Verordnung nicht als eine substitutio directa, sondern nur als ein Fideicommiß gelten können, in sofern die Absicht des Testators, daß sie als ein Fideicommiß gelten solle, (animus fideicommittendi) aus der Disposition ersichtlich wäre (*2). Hingegen bey einem Soldat gilt sie als eine directe Substitution, und diese ist von einem Fideicommiß sehr verschieden (*3). Indessen kann freylich der Soldat nur in Ansehung des Vermögens substituiren, das sein Erbe von ihm (dem Soldaten) erbt; nicht in Ansehung desjenigen, welches der Erbe schon zuvor besessen hat.

(1) Doch gilt diese Substitution nur in Ansehung des Vermögens, welches der Sohn vom Vater geerbt hat. L. centurio 15. D. de vulgari et pupill. substit. und L. precibus 8. C. de impub. et al. substit. (VI. 26.) Allein das ist eine sehr bestrittene Frage: ob sie iure directo, oder als ein Fideicommiß gelte? Die Vertheidiger der letzten Meynung berufen sich auf die Worte L. 6. veluti ex causa fideicommissi; aber die Gegner sagen: eben diese Worte beweisen, daß die Substitution iure directo gilt; denn die Gesetzgeber sagen *veluti*. M. s. *Cujac.* lib. XII. obs. cap. 27. *Lyclama* membr. lib. 1. eclog. 2. *Duaren.* de vulgar. et pupillar. substit. cap. 22. 23. *Hotomann* amicab. resp. lib. 1. cap. 17. *Giphan.* explan. diff. LL. Cod. tom. 2. p. 42. sqq. *Ant. Faber* coniect. XV. 10. *Fachinaei* controvers. lib. 4. c. 43. *Bachov.* ad *Treutler.* vol. 2. disp. 11. p. 640. *Wieling* iurispr. restit. tom. 2. p. 54. sqq. *Io. Wilh. de Goebel* diss. de substit. pup. a Germania nunquam excluſa, p. 36. sqq.

(2) *Struv.* Ex. 33. th. 40.

(3) Wenn nemlich ein paganus diese Verordnung macht: so würde zwar A. nach Verlauf der zehen Jahre die Erbschaft an den B. abtreten müssen, aber doch die Trebellianische Quart abziehen können. (§. 614.)

TIT.

TIT. XVII.

QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR.

§. 513. Mancherley Arten von ungültigen Testamenten.

Aus mancherley Ursachen geschieht es, daß ein Testament entweder gleich Anfangs, da es gemacht wird, nicht gilt, oder nachher seine Giltigkeit verliert. Diese ungiltige Testamente sind von gar verschiedener Art. Einige heissen nulla; einige iniusta; andere rupta; andere irrita; andere destituta; noch andere rescissa. Die 34. Tabelle zu diesem §. legt die Verschiedenheit dieser Testamente auf einmal vor Augen. Wir wollen sie nach der Reihe durchgehen.

§. 514. Was ist testamentum nullum?

Nullum heißt ein Testament, wenn es eines innerlichen Mangels wegen gleich von Anfang an nicht gilt. Dahin gehört der Fall 1) wenn in der Erbeseinsetzung ein Fehler begangen ist; nemlich a) solche Personen, die bey Strafe der Nullität eingesetzt oder enterbt werden müssen, sind nicht eingesetzt, auch nicht enterbt, sondern mit Stillschweigen übergangen; oder b) es ist eine nicht erbfähige Person z. E. ein Apostat, ein nicht bestätigtes Collegium u. s. w. eingesetzt. 2) Wenn der Testator zu testiren nicht befugt war, z. E. wenn ein Verschwender testirt hat 3). Wenn er zu dessen Errichtung gezwungen worden ist (* 1).

(1) L. 1. C. si quis aliquem testari prohib. vel coeg. (VI. 34.) *Leyser* sp. 375. sqq. *Wernher* tom. 1. obs. 192. et 408. tom. 3. obs. 84. *Pufendorf* tom. 2. obs. 10.

§. 515. Was ist testamentum iniustum?

Iniustum hingegen heißt das Testament, wenn es wegen eines äusserlichen Mangels von Anfang ungiltig ist, z. E. wenn keine sieben Zeugen dabey, oder die Zeugen nicht rogirt gewesen sind, oder wenn es an der Einheit der Handlung fehlt; der Testirer das Testament weder geschrieben, noch unterschrieben hat. Uebrigens muß ich noch anmerken, daß die Distinction zwischen einem testamento nullo und iniusto in den Gesetzen nicht vorkommt, sondern modern ist. Die alten Römischen Juristen nennen ein Testament, welches gleich Anfangs nicht gilt, *iniustum*, *non iure factum*, *non iure civili factum*, *imperfectum*, *inutile*, *nullius momenti*, es mag nun einen innerlichen oder äusserlichen Fehler haben (* 1.)

(1) L. 1. L. 3. §. 3. L. 6. §. 1. D. de iniust. rupt. pr. I. de exhered. lib. *Theophilus* ad pr. I. h. t.

§. 516.

§. 516. Grundsätze vom testamento nullo und iniusto.

Beyde Arten von Testamenten, sowohl die nulla, als iniusta, sind ganz, nach ihrem völligen Inhalt ungiltig; nicht nur die Erbeseinsetzung, sondern auch die Vermächtnisse, Fideicommisse, und was sonst im Testament enthalten ist, geht zu Grund. Dieß ist ganz ausgemacht; nur in dem Fall wird disputirt, was Rechtens sey, wenn das Testament für null erklärt wird, weil der Vater seine Kinder darinn übergangen hat; ob es nemlich in diesem Fall ganz null sey, oder ob blos die Erbeseinsetzung umfalle, und die übrige Verordnungen des Testaments bestehen bleiben. Man s. §. 528. Zuweilen wird ein testamentum iniustum noch durch Hülfe einer gewissen Clausel zum Theil erhalten, welche man die Codicillarclausel nennt, und die im 628. §. beschrieben wird.

§. 517. Was ist testamentum ruptum?

Das testamentum *ruptum* ist von zweyerley Art. Die erste Art ist folgende: Nach Verfertigung des Testaments bekommt der Testator einen *postumum*, das heißt, es kommt jemand mit mir, dem Testator, in eine Verbindung, vermöge deren er nothwendig hätte eingesetzt oder enterbt werden müssen; gleichwohl ist keines von beyden geschehen; jetzt ist das Testament ruptum. Dahin gehört a) wenn dem Testator nach Verfertigung des Testaments noch ein Kind gebohren wird, das er im Testament gleichwohl nicht eingesetzt hat; b) wenn der Testator nach der Testamentserrichtung jemanden arrogirt; c) wenn er einen seiner Descendenten adoptirt. Denn wenn er einen andern minus plene adoptirt: so wird das Testament nicht rumpirt; weil ein solcher adoptivus nur ab intestato erbt, und keinen Anspruch auf die Erbschaft seines Adoptivvaters machen kann, sobald dieser ein Testament macht. (§. 531.) d) Wenn nach dem Testament ein uneheliches Kind durch die Ehe, oder ein Rescript plene legitimirt wird; e) wenn ein Sohn oder eine Tochter mit Todt abgeht, und Kinder hinterläßt, die sich in des Großvaters Gewalt befinden, gleichwohl in dessen Testament weder eingesetzt, noch enterbt sind.

§. 518. Fortsetzung.

Die zweyte Art von rumpirten Testamenten ist vorhanden, wenn der Testator erklärt, daß sein zuvor errichtetes Testament nicht gelten solle. Auch hier sind viele Fälle möglich. a) Wenn er ein neues vollkommenes Testament macht. Denn wir wissen, daß das erste Testament durch das letzte aufgehoben wird. (§. 442.) b) Wenn er vor Zeugen erkärt, daß sein Testament nicht gelten solle, ohne übrigens ein anderes zu machen. c) Wenn er sein Testament verbrennet, zerreißet, zerschneidet, durchstreichet, etwas anders darauf schreibet, so, daß das Testament nicht mehr leserlich ist.

Ich

Ich habe gesagt, das erste Testament werde rumpirt durch ein zweytes. Dieses ist die Regel, deren Ampliationen, (wie die Alte sagen) und Einschränkungen ich nun vorzutragen habe.

Erste Ampliation. Das erste Testament wird durch das letzte rumpirt, wenn gleich der im letzten eingesetzte Erbe die Erbschaft ausschlägt, oder vor dem Testator gestorben ist. Denn sobald das letzte gemacht wurde, gieng das erste zu Grund. Dadurch, daß das letzte in der Folge seine Giltigkeit auch wieder verliert, erhält sie das erste nicht wieder. Testamentum semel ruptum semper ruptum manet.

Zweyte. Das erste ist und bleibt also auch rumpirt, wenn der Testator das letzte wieder aufgehoben hat, in der Absicht, daß das erste gelten solle.

Dritte. Das erste Testament wird durch das nachfolgende rumpirt, wenn jenem gleich die *clausula cassatoria* oder *derogatoria* angehängt ist; das heißt, wenn der Testator im Testament gesagt hätte, dieses solle schlechterdings sein letzter Wille seyn und bleiben; und wenn er auch etwas anders diesem zuwider verordnen sollte: so wolle er solches hiermit zum voraus für null und nichtig erklären. Diese Clausel ist ohne Wirkung. Sie hindert den Testator nicht, das erste Testament zu ändern. Denn Niemand ist im Stand sich selbst ein Gesetz aufzulegen, von dem er nicht wieder abgehen könnte. Indessen legen doch viele Juristen jener Clausel einige Wirkung bey. Sie behaupten nemlich, daß ein Testament, dem sie angehängt ist, nicht anders entkräftet werde, als wenn der Testator im letzten Testament des erstern gedenke und es ausdrücklich aufhebe (* 1).

Einschränkungen der obgedachten Regel sind, erstlich, wenn das erste Testament durch das letzte soll rumpirt werden: so muß das letzte giltig seyn. Das erste also wird nicht rumpirt, z. E. wenn das letzte nullum oder iniustum ist, weil der Vater darinn seinen Sohn übergangen hat, weil es an der gehörigen Anzahl der Zeugen fehlt, weil es nicht vollendet, *imperfectum*, ist (* 2) u. s. w. Zweytens: wenn das letzte leer ist. Es findet sich ein von Zeugen unterschriebenes und untersiegeltes Papier, das aber übrigens unbeschrieben ist. Dieser Fall möchte sich indessen schwerlich in der Welt je zugetragen haben. Drittens; wenn in dem letzten ein Erbe unter einer Condition *de praesenti* oder *de praeterito* eingesetzt ist, welche nicht existiret. Z. E. Im Jahr 1770. macht Jemand sein erstes Testament. Im Jahr 1780. am 1ten Febr. macht er das zweyte, und sagt darinn: wenn an dem heutigen Tag, da ich dieses Testament mache, A. schon Doctor der Rechte ist: so soll er mein Erbe seyn. Als der Testator gestorben ist, und das Testament eröfnet wird, zeigt sichs, daß A. am ersten Febr. 1780. noch nicht Doctor war. Jetzt ist das erste Testament durch das

letzte nicht rumpirt. Denn das letzte Testament war gleich anfangs ungiltig, weil die Condition der Erbeseinsetzung nicht existirte; folglich kann das erste dadurch nicht rumpirt werden. Ganz anders verhält es sich, wenn der Testator im letzten Testament conditionem *de futuro* beyfügt. Diese mag unmöglich oder möglich seyn, existiren oder nicht existiren: so ist das erste Testament rumpirt. Z. E. wenn es im letzten Testament heißt: A. soll mein Erbe seyn, wenn er Doctor werden wird. In diesem Fall ist das erste Testament ruptum, A. mag nun Doctor werden oder nicht. Der Sitz dieser Materie ist L. 16. D. de iniust. rupt. irrit. testam. (* 3).

Vierte Einschränkung. Wenn ein Testator zwey Testamente macht, in dem letzten nur einen Erben auf eine gewisse Sache ernennt, und erklärt, daß das erste nicht aufgehoben seyn solle: so gelten sie beyde, und zwar folgendergestalt: der im letzten Testament eingesetzte Erbe trit die Erbschaft an, und giebt sie dem Erben, der im ersten eingesetzt ist, heraus, bis auf die einzelne Sache, welche ihm angewiesen ist (* 4).

Noch berührt unser A. die Frage, was Rechtens sey, wenn sich zwey Testamente finden, welche einerley Datum haben? Nach dem Civilrecht galt keines davon. Der Prätor aber erhält beyde, giebt den in beyden Testamenten eingesetzten Erben bonorum possessionem secundum tabulas. Diese Verordnung ist in der L. 1. §. 6. de B. P. sec. tab. enthalten, und ist deswegen sehr merkwürdig, weil sonst die Regel ist: paganus cum duobus testamentis decedere nequit. Der Prätor setzt also voraus, daß die mehrere Testamente einerley Datum haben, *duos codices simul signatos*, und sieht sie als *plures tabulas eiusdem testamenti* an. Sein Edict läßt sich also nicht auf den Fall ausdehnen, wenn sich zwey Testamente finden, deren keins ein Datum hat, oder nur das Eine datirt ist (* 5.)

Wir gehen nun zur zweyten Art, ein Testament umzustossen, wenn der Testator vor Zeugen erklärt, daß sein Testament nicht gelten solle. Hier bemerke man, wenn man ein Testament vor einem oder vor zwey Zeugen wiederruft: so thut es dem Testament nicht den mindesten Schaden; es behält seine Giltigkeit. Wie aber, wenn man es vor drey, vier, fünf, sechs, oder sieben Zeugen wiederruft? Nach einer Verordnung des Kayfers Honorius in der L. 6. Cod. Theodos. de testam. et codicill. soll ein Testament ungiltig seyn, sobald es zehn Jahre alt ist, wenn es auch gleich der Testator nicht wiederrufen hat. Der Gesetzgeber glaubte, binnen zehen Jahren änderten sich die Verbindungen und Gesinnungen eines Menschen dergestalt, daß man nicht annehmen könne, er wolle noch eben das, was er vor zehen Jahren gewollt hat (* 6). Justinian aber änderte dieses Honorische Gesetz in der L. 27. Cod. de testam. (VI. 23.) indem er festsetzte: ein Testament sollte durch das Alter

von

von zehen Jahren allein nicht ungiltig werden. Wenn aber der Testator vor wenigstens drey Zeugen erkläre, daß das Testament nicht gelten solle, und zehen Jahre verstrichen wären: dann solle das Testament ungiltig seyn; oder wie die Worte selbst lauten: Sin autem testator tantummodo dixerit, *non voluisse prius stare testamentum*, vel aliis verbis utendo contrariam aperuerit voluntatem, et hoc per testes idoneos, non minus tribus, vel inter acta manifestaverit, et decennium fuerit emensum: tunc irritum est testamentum, tam ex contraria voluntate, quam ex cursu temporali.

Diese Verordnung wird auf dreyerley Art erklärt. 1) Einige (* 7) sagen, ein Testament wird durch die Revocation vor 7. 6. 5. 4. oder 3. Zeugen sogleich umgestossen. Denn Justinian verordne nur, das Testament solle aus dem Grund allein nicht ungiltig seyn, wenn es zehen Jahre alt wäre; er wolle, daß zu dem Ablauf der zehen Jahre noch die Revocation hinzu kommen müsse; aber er wolle nicht, daß, wenn die Revocation geschehen sey, auch noch der Ablauf von zehen Jahren dazu kommen solle. Ich halte aber diese Meynung für unrichtig. Denn, wenn Justinian nicht gewollt hätte, daß jedesmal beydes zusammen da seyn sollte, Revocation und Ablauf des Decenniums: so hätte er ohne die größte Ungereimtheit im Gesetz nicht sagen können: si hoc per testes manifestaverit *et* decennium fuerit emensum; und eben so wenig: tunc irritum est testamentum *tam ex contraria voluntate, quam ex cursu temporali.* Die contraria voluntas thäte ja allein diese Wirkung, und der cursus temporis trüge nichts dazu bey. 2) Andere glauben (* 8), die Revocation vor 7 Zeugen benehme dem Testament sogleich seine Giltigkeit. Würde es aber vor 6. 5. 4. oder 3. Zeugen wiederrufen: so verliere es seine Kraft erst, nachdem es zehen Jahre alt geworden sey. Z. E. wenn es im Jahr 1760 gemacht, im Jahr 1765. wiederrufen ist: so gelte es noch bis ins Jahr 1770. Diese Meynung ist zur Hälfte wahr. Nemlich die dritte, und wie ich glaube, richtige Meynung ist: keine vor Zeugen geschehene Revocation entkräftet das Testament sogleich, wenn sie auch vor sieben Zeugen geschieht, sondern es muß noch jedesmal der Ablauf des Decennium hinzukommen (* 9). Diese Meynung läßt sich a) daraus beweisen, daß Justinian sagt: wenn das Testament vor wenigstens drey Zeugen wiederrufen wird, und das Decennium verstreicht: so gilt es nicht. Diese Worte sind allgemein, und begreifen auch die Revocation vor 7 Zeugen in sich. Ferner sagt Justinian: wenn das Testament vor wenigstens 3 Zeugen oder vor Gericht wiederrufen wird, und der Ablauf von zehen Jahren hinzukommt ꝛc. Nun aber kann die Revocation vor 7 Zeugen nicht mehr Wirkung haben, als die Wiederrufung vor Gericht. Also ist auch jene, so wenig als diese, allein hinreichend, das Testament zu entkräften. Daß das Decennium übrigens nicht von der Zeit der Revocation,

sondern von der Verfertigung des Testaments an laufe, erhellet aus dem bisher gesagten; und wenn verschiedene Juristen es von der Revocationszeit an zählen wollen: so ist ihre Meynung den klaren Worten der L. 27. cit. entgegen (10). Die dritte Art ein Testament zu rumpiren, besteht darinn, wenn man es verbrennt ꝛc. Nur wird dabey erfordert, a) daß der Testirer selbst, oder ein anderer auf seinen Befehl diese Handlungen unternommen habe; b) daß es der Testirer vorsätzlich gethan; c) daß das ganze Testament zerrissen, zerschnitten oder durchgestrichen sey. Wie aber, wenn es zweifelhaft ist, ob der Testirer selbst, oder ein anderer auf dessen Geheiß das Testament zernichtet habe, desgleichen, wenn es zweifelhaft ist, ob die Zernichtung vorsätzlich geschehen sey, wem liegt der Beweis ob? Wenn sich das Testament in des Testators eigener Verwahrung befindet: so ist anzunehmen, daß er es selbst, oder ein anderer auf dessen Geheiß zernichtet habe, auch daß die Zernichtung vorsätzlich geschehen sey. Hat aber jemand anders das Testament in Verwahrung: so ist das Gegentheil zu vermuthen. Indessen kommt vieles auf die Umstände an. Ist nur ein Theil des Testaments durchstrichen: so muß man zusehen, ob es ein wesentlicher oder zufälliger Theil ist. Sind z. E. die Namensunterschriften des Testators und der Zeugen, die Erbeseinsetzung durchstrichen: so ist das Testament ruptum, doch können im letzten Fall die Legatare ihre Vermächtnisse fordern. Ist nur der Name Eines der Miterben oder eines Legatars durchstrichen: so bekommt er nichts (* 11).

(1) Z. E. *Sande* Decis. Fris. lib. 4. tit. 1. def. 10. Allein diese Meynung ist aus den Gesetzen nicht zu erweisen. *Faber* error. pragmat. dec. 37. error. 7. sqq. dec. 38. error. 1. *Merenda* controv. lib. 4. cap. 49. *Hert* diss. de lege, clausula ut ne abrogari unquam possit, vallata, sect. 1. §. 8. in opusc. vol. 1. part. 3. pag. 7. Die Gesetze, welche man dafür anführt, sind L. 14. pr. D. de legat. I. iunct. L. 22. de legat. III. Sie reden aber von Vermächtnissen, die in Einem und demselben Testament hinterlassen sind. Von diesem Fall läßt sich auf den hier vorliegenden, wo von mehreren zu verschiedener Zeit verfertigten Testamenten die Rede ist, nicht schließen.

(2) Vor dem Kayser Pertinax scheint es zweifelhaft gewesen zu seyn, ob ein Testament durch ein zweytes ungiltiges rumpirt werde. Er ließ daher ein SCtum machen, ne alias tabulae priore iure factae irritae fiant, nisi sequentes iure ordinatae et perfectae fuerint. §. 7. I. h. t. Ausführlich handelt von dieser Verordnung *Aug. Fridr. Schott* comment. ad orationem Pertinacis de testamento posteriori imperfecto, prius perfectum haud rumpente, in opusc. p. 41. sqq.

(3) Die Fälle, wo das erste Testament durch das zweyte nicht aufgehoben wird, erzählt vollständig *Ach. Lud. Car. Schmid* diss. de testamento priore posteriori derogante. Ien. 1755.

(4) Wie aber, wenn in dem letzten Testament der Erbe nicht auf eine gewisse Sache ernennt ist? Z. E. im ersten ist A, im letzten B. schlechtweg eingesetzt, und der Erblasser

lasser hat dabey erklärt, das erste Testament solle durch dieses letzte nicht aufgehoben seyn. S. §. 454.

(5) *Mollenbec* diss. de duobus testamentis simul validis, cap. 5. §. 6. *Phil. Wasmuth* diss. de duobus testamentis diversis temporibus, et sine die et consule signatis (Ling. 1722.) §. 11. sqq. Viele behaupten indessen das Gegentheil, z. E. *Stryk* de success. ab intest. diss. 9. cap. 4.

(6) *Iac. Gothofredus* ad dict. leg. tom. 1. pag. 386. vers. *possim tamen* etc. und vorzüglich *Herm. Cannegieter* obs. iur. rom. lib. 1. cap. 6.

(7) Z. E. *Marckart* interpret. receptar. lection. lib. 2. cap. 1.

(8) Z. E. Consil. Marburg. tom. 1. consil, 34. n. 48. pag. 514. *Mantica* de coniectur. ult. vol. lib. 2. tit. 15. n. 19. *Püttmann* interpret. et observat. cap. 27. *Schott* diss. cit. cap. 9. in opusc. pag. 80.

(9) *Merenda* controvers. lib. 3. cap. 44. *Faber* de error. pragmat. decad. 39. err. 6. *Vinnius* ad §. 7. I. h. t. *Bachov.* ad *Treutl.* vol. 2. disp. 10. th. 7. lit. B. *Struv.* ex. 32. th. 42. *Stryk* de cautel. testam. cap. 24. §. 36. *Lauterb.* coll. th. pr. tit. de iniust. rupt. irrit. §. 13. *Cocceii* iur. controv. ibid. qu. 9. *Bardili* diss. de revocatione ult. vol. cap. 2. §. 15. *Herm. Cannegieter* l. c. cap. 5. *Heisler* diss. an et quatenus testamentum parent. int. lib. aliud testamentum anterius rumpat. (Hal. 1779.) cap. 1. §. 4. sqq. *Pregel* diss. de testamento rupto (Giss. 1780.) §. 8. Auch bey mündlichen Testamenten muß der Ablauf von 10 Jahren zu der Revocation kommen, wenn sie wirksam seyn soll. Cramer N. St. 107. Th. 4. Stück.

(10) *Hannesen* diss. (sub praesid. *Gebaueri*) de testamenti accedente decennii lapsu revocatione, (Goett. 1756.) §. 7. Hertels Thee- und Caffeetasse S. 137.

(11) *Lauterbach* colleg. tit. de iniust. rupt. irr. §. 14. sqq. *I. H. Boehmer* diss. de scripturis non legibil. cap. 3. Ex. ad Pand. tom. 4. p. 315. sqq. *Westenberg* in D. Marco diss. 40. *Pufendorf* tom. 1. 69. 137.

§. 519. Zuweilen erhält der Prätor die rumpirte Testamente.

Ein rumpirtes Testament geht ganz mit allen seinen Verordnungen zu Grund. Doch zuweilen wird es vom Prätor erhalten. Dieser hat nemlich die Regel festgesetzt, wenn der Umstand, wodurch das Testament rumpirt worden ist, noch bey Lebzeiten des Testators wieder wegfällt: so soll das Testament gelten, und der darinn ernannte Erbe bonorum possessionem verlangen können. Dahin gehören folgende Fälle: 1) wenn der postumus, welcher das Testament rumpirt hat, noch vor dem Vater gestorben ist. 2) Wenn das erste Testament durch ein zweytes rumpirt worden ist, der Testator aber das letzte wieder zernichtet hat, in der Absicht, daß das erste gelten solle (*[1]). Schmid (*[2]) rechnet auch hieher 3) den Fall, wenn im letzten Testament ein Erbe unter einer Condition de futuro ernennt ist, und diese nicht existiret. Diese Meynung aber halte ich für offenbar falsch. Denn hier wird das zweyte Testament erst nach dem Absterben des Testators ungiltig.

(1) Diese Absicht ist facti, muß also erwiesen werden. *Stryk* de success. ab intestat.

testat. diff. 9. cap. 4. §. 32. Anderer Meynung ist *Schmid* diff. (§. 518. not. 1.) cit. §. 7.

(2) *Schmid* diff. cit. §. 8.

§. 520. Was ist testamentum irritum?

Irritum heißt ein Testament, wenn der Testator den bürgerlichen Zustand verliert, der zur Testamentserrichtung nöthig ist; das heißt, wenn er die größte, mittlere oder geringste Capitis Deminution leidet. Denn durch die größte Capitis Deminution wird er ein Sklav; durch die mittlere verliert er das Bürgerrecht, und wird als ein Fremder angesehen; durch die geringste wird er ein filius familias. Nun kann aber kein Sklav, kein Fremder und kein filius familias testiren; und das Römische Recht hat die Regel: wenn das Testament gelten soll: so muß der Testator bis an seinen Tod den zum testiren erforderlichen Zustand behalten. Also ist offenbar, daß in allen eben beschriebenen Fällen das Testament ungiltig werden muß.

§. 512. Der Prätor erhält es zuweilen.

Auch dieser Art von Testamenten kommt indessen der Prätor zuweilen zu Hülfe. Wenn nemlich das Testament durch den Verlust des bürgerlichen Zustandes irritum geworden ist; der Testator aber vor seinem Todt den verlohrnen Zustand wieder erhalten hat; das heißt, als ein Römischer Bürger und pater familias gestorben ist: so spricht der Prätor dem eingesetzten Erben die Verlassenschaft zu (bonorum possessionem dat). Nur ist zu bemerken: wenn der Testator arrogirt, und dadurch das Testament rumpirt worden; der Arrogirte aber nachher wieder emancipirt worden ist: so ist, um dem Testament seine Giltigkeit wieder zu geben, nöthig, daß der Testator erklärt, er wolle, daß sein Testament gelten solle. Die Ursache ist: wer arrogirt wird, willigt in die Arrogation; willigt also zugleich in die Aufhebung seines zuvorgemachten Testaments. Daher muß er billig auch nachher wieder erklären, daß das Testament gelten solle (* 1).

(1) *Stryk* de succeff. ab inteft. diff. 9. cap. 4. §. 29.

§. 522. Was ist testamentum destitutum?

Ein Testament heißt *destitutum* oder *desertum*, wenn der eingesetzte Erbe die Erbschaft ausschlägt; oder, wenn er sie nicht antreten kann, weil er a) vor dem Testator gestorben; oder b) zwar nach dem Testator, aber doch eher gestorben ist, als er die Verlassenschaft auf seine Erben transmittiren konnte; (§. 546.) oder c) weil er nach der Errichtung des Testamentes unfähig geworden ist, eine Erbschaft zu erhalten; oder endlich d) weil die Bedingung der Erbeseinsetzung nicht erfüllt worden ist (* 1). In allen diesen Fällen ist das

Testa-

Testament ungiltig, und die Intestaterben gelangen zur Verlassenschaft, ohne daß sie schuldig wären, die im Testament ausgesetzten Vermächtnisse zu bezahlen.

(1) *Car. Frid. Zepernick* diss. de testamenti destituti viribus, Hal. 1773. hat den historischen Theil dieser Materie so gelehrt und gründlich abgehandelt, daß man den dogmatischen mit Verlangen erwarten muß.

§. 523. Was ist testamentum rescissum?

Die sechste Art von ungiltigen Testamenten sind die *rescissa*. Man heißt ein Testament *rescissum*, wenn jemand die querelam inofficiosi dagegen angestellt, und den Proceß gewonnen hat. Was das heißt, wird im folgenden Titel erklärt werden.

TIT. XVIII.

DE QUERELA INOFFICIOSI.

§. 524. Was ist die Wirkung der Exheredation und Präterition?

Wir wissen, was die Enterbung und Präterition ist; (§. 474.) haben auch gehört, was die Form der erstern ist, (§. 476.) und die gerechten Ursachen dazu (§. 477. u. f.) sind. Dieser Titel beschreibt die Wirkungen, sowohl der Enterbung, als der Präterition. Sie sind: daß der Enterbte, oder Uebergangene zuweilen das Testament rumpiret, zuweilen es als nichtig (nullum) impugniren; zuweilen *bonorum possessionem contra tabulas* suchen, und zuweilen *querelam inofficiosi* anstellen kann.

§. 525. Fortsetzung.

Nemlich 1) wenn jemand schon zur Zeit des errichteten Testaments vorhanden ist, der nothwendig, vermöge der Civilgesetze hätte müssen eingesetzt, oder enterbt werden, gleichwohl nicht eingesetzt, auch nicht *rite* enterbt, sondern übergangen ist: so ist das Testament gänzlich null. Wenn hingegen 2) jemand erst nach Verfertigung des Testamentes mit dem Testator in eine solche Verbindung kommt, vermöge der er nach den Civilgesetzen hätte eingesetzt, oder enterbt werden müssen, gleichwohl aber übergangen ist: so rumpirt er das Testament. 3) Wer übergangen ist, da er doch nach dem Edict des Prätors hätte eingesetzt oder enterbt werden müssen, sucht bonorum possessionem contra tabulas. 4) Wenn jemand auf eine erlaubte Art übergangen, das heißt, wenn ein solcher übergangen ist, der weder nach dem

dem Civilrecht, noch nach dem Prätorischen Edict nothwendig eingesetzt oder enterbt werden muß: oder auch, wenn jemand nach der schon in den alten Gesetzen bestimmten Form (rite) enterbt ist: so muß er nach dem Recht des Codex querelam inofficiosi anstellen. Nach der 115. Novelle aber muß weiter distinguirt werden: wenn Kinder oder Eltern auf erlaubte Art übergangen, oder *rite* enterbt sind: so ist entweder eine gesetzliche Ursache angeführt, oder nicht. Im ersten Fall kann querela inofficiosi angestellt werden, wofern nemlich die Ursache falsch ist; im letzten hat *querela nullitatis iuris novi* statt. Viele behaupten zwar, daß auch nach dieser Novelle nur querela inofficiosi, und nicht querela nullitatis statt habe, wenn Kinder oder Eltern ohne Anführung einer gesetzlichen Ursache ausgeschlossen wären. Ich kann aber dieser Meynung nicht beypflichten (*1). Denn die in der Novelle vorgeschriebene Form ist nicht beobachtet; was aber nicht nach der gesetzlichen Form geschieht, ist null; anderer Gründe nicht zu gedenken (*2). Niemand denke übrigens, daß diese Sätze ohne practischen Nutzen seyen. Nein; denn die drey Klagen, querela nullitatis, querela inofficiosi, und das Gesuch um bonorum possessionem contra tabulas sind sehr unterschieden. 1) Die querela nullitatis dauert 30 Jahre, die querela inofficiosi nur fünfe. 2) Jene geht auf die Erben, diese nicht, ausser wenn sie präparirt ist. (§. 535.) 3) Jene wirft zuweilen das ganze Testament um, (§. 535.) diese allezeit nur die Erbeseinsetzung. 4) Gegen die querelam inofficiosi kann der Beklagte excipiren, daß die Ursache der Enterbung wahr sey; diese Exception aber findet gegen die querelam nullitatis nicht statt (*3). 5) Die bonorum possessio ist von den beyden Querelen darinn unterschieden, daß Kinder und Eltern binnen einem Jahr, andere Personen binnen 100 Tagen gerichtlich darum bitten müssen, welche Zeiten aber erst vom Tag der Wissenschaft an laufen, das heißt, von der Zeit an, da man erfährt, daß einem eine Erbschaft angefallen sey.

(1) *Fachineus* controverſ. lib. 4. cap. 9. *Vinn.* ad prooem. Inſtit. h. t. n. 3. et in quaeſt. ſelect. lib. 2. cap. 21. *Reinold.* diſſ. de cauſis, in quibus etiam nunc querela inoff. teſtam. eſt neceſſar. §. 15. ſqq. *Lauterbach* coll. th. pr. h. t. §. 17. *Huber* ad I. tit. de exhered. lib. n. 13. 14. *Franzk.* ex. 6. qu. 4. *Poll* de exhered. cap. 19. et 23. *Voet.* ad Pand. h. t. n. 23. *Fineſtres* ad tit. de lib. et poſt. pag. 129. ſqq. *Pufendorf* tom. 4. obſ. 76. §. 10.

(2) Dieſer Meynung ſind auch *Humm.* in reſolut. pag. 434. qu. 18. *Bachov.* ad *Treutl.* vol. 1. diſp. 13. th. 1. lit. F. *Struv.* ex. 10. th. 15. *Stryk* in V. M. h. t. §. 4. *Cocceii* iur. controv. h. t. qu. 7. *Bauer* diſſ. de eo, quod iuſt. eſt circa exheredat. §. 13. *Walch* controv. pag. 245.

(3) S. *Tob. Iac. Reinharth* diſſ. de querelar. nullitatis et inoff. teſtam. differentiis et uſu earundem practico, Goett. 1736. beſonders *Chriſt. Gottl. Haubold* diſſ. ſub praeſid. *Car. God. Winkleri* de differentiis inter teſtamentum nullum et inofficioſum, cap. 5. cap. 6. cap. 7. §. ult. p. 38. welcher zehen Unter-

terschiede anführt. Es ist zu bedauern, daß diese schöne Abhandlung nicht vollendet ist.

§. 526. Personen, welche man übergehen und nicht übergehen kann.

Welche Personen aber können denn übergangen, und welche müssen eingesetzt oder enterbt werden? Das alte Römische Recht ist in diesem Stück vom neuen sehr unterschieden. Nach dem alten nemlich war 1) ein Unterschied zwischen Kindern, Eltern und Geschwistern. Eltern und Geschwister konnten übergangen werden, Kinder aber nicht ohne Unterschied. 2) Zwischen dem Vater und der Mutter. Diese konnte die Kinder übergehen, der Vater aber konnte es nicht ohne Unterschied. 3) Zwischen *suis* (das heißt, solchen Kindern, die zur Zeit, als der Vater stirbt, noch in seiner Gewalt sind), und zwischen emancipirten Kindern; denn die letztern können nach den Civilgesetzen übergangen werden. 4) Zwischen adoptiv- und leiblichen Kindern. Ein emancipirtes leibliches Kind, wenn es übergangen ist, kann bonorum possessionem contra tabulas suchen, ein emancipirtes Adoptivkind nicht. 5) Zwischen Söhnen und Töchtern. Die Söhne mußten namentlich enterbt werden, bey Töchtern war dieß nicht nöthig. 6) Zwischen Kindern und Enkeln. Die letztern brauchten, so wie die Töchter, nicht namentlich enterbt zu werden. 7) Zwischen denen, die zur Zeit der Testamentserrichtung schon vorhanden waren, und zwischen *postumis*. Jene impugniren, wenn sie auf eine unerlaubte Art übergangen sind, das Testament als null, diese aber rumpiren es.

§. 527. Fortsetzung.

In den neuen Römischen Gesetzen ist 1) die fünfte und sechste Distinction zwischen Söhnen und Töchtern, Kindern und Enkeln ganz aufgehoben. 2) Die erste Distinction ist zum Theil abgeschafft. Die Eltern können übergangen werden; aber man muß doch, eben so, als wenn man Kinder enterbt, eine rechtmässige Ursache anführen. 3) Der Unterschied zwischen Vater und Mutter cessiret ebenfalls einigermassen. Denn die Mutter ist zwar noch befugt, die Kinder zu übergehen; aber sie muß doch eine von den vierzehen Ursachen allegiren, die bey der Enterbung der Kinder festgesetzt sind (* 1). Verschiedene Rechtsgelehrte glauben zwar, die Präterition vertrage sich nicht mit der Anführung einer rechtmässigen Ursache; es lasse sich nicht denken, wie man einen übergehen, und doch eine gerechte Ursache anführen könne; denn sobald man das letztere thue, habe man nicht präterirt. Aber diese Meynung gründet sich auf die irrige Voraussetzung, daß praeteritio ein völliges Stillschweigen bedeute. Das ist nicht, wie ich schon oben §. 474. bemerkt habe; sondern jeder ist präterirt, den ich nicht ausdrücklich enterbe, und doch auch

nicht einsetze. Wenn also z. E. die Mutter sagt: ich setze meine drey Söhne zu Erben ein; denn meine Tochter hat sich so pflichtvergessen gegen mich aufgeführt, daß sie mich geschlagen hat: so ist eine rechtmässige Ursache angeführt, und doch eine praeteritio geschehen. Ja es lassen sich Fälle denken, wo man einen unter Anführung einer rechtmässigen Ursache übergehet, ohne ihn nur zu nennen. Z. E. die Mutter, welche einen Sohn und zwey Töchter hat, sagt: ich setze meinen Sohn zum Erben ein, denn er ist der einzige unter meinen Kindern, der sich meiner, während meines Blödsinnes, angenommen hat. 4) Nicht wenige Juristen (*2) behaupten, daß nach dem Recht der Novellen kein Unterschied mehr zwischen emancipirten, und nicht emancipirten Kindern (suis) sey; und daß in den Fällen, wo die sui die Nullitätsquerel haben, eben diese Klage auch den emancipatis zustehe, mithin diese zu der bonorum possessione contra tabulas ihre Zuflucht nicht zu nehmen brauchten. Allein andere (*3) behaupten mit besseren Gründen, daß der Unterschied zwischen suis und emancipatis in diesem Stück nicht gänzlich aufgehoben sey. Nur darinn sind die emancipati den suis gleich, daß sie eben so wenig, als diese, ohne rechtmäßige, und im Testament angeführte Ursache enterbt werden können. Aber der Unterschied ist geblieben, daß die sui ein Testament aus den Civilgesetzen impugniren können, wenn sie präteriret, oder nicht rite enterbt sind, oder keine rechtmäßige Ursache im Testament allegirt ist; die emancipati hingegen in allen diesen Fällen bonorum possessionem contra tabulas suchen müssen.

Noch ist die Frage übrig: ob die Kinder, wenn sie durch Heyrath oder eigne Haushaltung aus der väterlichen Gewalt gehen, in diesem Stück den ausdrücklich emancipirten Kindern gleich sind? Ich glaube allerdings. Denn dieser Austritt aus der väterlichen Gewalt hat die Wirkungen der ausdrücklichen Emancipation (*4).

(1) *Pufendorf* tom. 2. obs. 173.

(2) *Struv.* Ex. 32. th. 26. *Cocceii* iur. contr. lib. 28. tit. 2. quaest. 6. *Berger* resolut. lib. 28. tit. 2. *Stryk* us. mod. lib. 28. tit. 2. §. 3. et lib. 37. tit. 4. §. 1. *Reinharth* ad *Christin.* vol. 4. obs. 2. *Frid. Guil. Car. Sartorius* in diss. de B. P. quam c. t. parentum liberi agnoscunt, cap. 2. §. 4. *Haubold* diss. cit. pag. 20. Indessen geben doch die Vertheidiger dieser Meynung zu, daß die emancipirten Kinder in einigen Fällen noch heutigestages die B. P. contra tabulas suchen müssen.

(3) *Ant. Faber* de error. pragmat. dec. 14. err. 7. *Vinn.* ad §. 5. I. de exhered. lib. *Pufendorf* tom. 4. obs. 76. §. 10. *Io. Frid. Wahl* diss. de iusta liberos heredes instituendi forma, pag. 59. *Car. Christ. Hofacker* diss. sistens histor. iur. civ. de exheredat. et praeterit. §. 24.

(4) *Grupen* discept, forens. pag. 137. sqq. das Gegentheil behauptet *Wahl* l. c.

§. 528. Was ist Rechtens, wenn der Vater, oder die väterlichen Ascendenten suos, die schon gebohren sind, ausschliessen?

Nach diesen neuen Gesetzen also kann der Vater und alle väterliche Ascendenten die leiblichen Kinder und Enkel, die in ihrer Gewalt, und zur Zeit der Testamentserrichtung schon gebohren sind, nicht übergehen. Thun sie es, so ist das Testament null. 2) Wenn sie diese Kinder enterben, aber nicht in der gehörigen Form (nicht rite): so ist das Testament ebenfalls null. Denn eine Exheredation, bey der die schon in den alten Gesetzen vorgeschriebene Form nicht beobachtet ist, ist als eine Präterition anzusehen. Uebrigens ist nach der richtigern Meynung in diesen beyden Fällen das ganze Testament nichtig (*1). Wenn 3) die Enterbung rite geschehen, aber die Vorschrift der 115. Novelle nicht beobachtet, das heißt, keine Ursache angeführt, oder die angeführte keine von den vierzehen gesetzlichen ist: so ist die Erbeseinsetzung ungiltig; die übrigen Verordnungen des Testaments aber bleiben bey Kräften. Ob übrigens in diesem Fall querela nullitatis, oder querela inofficiosi statt finde, ist, wie ich vorhin gesagt habe, sehr bestritten. Ich glaube, daß die erstere Klage angestellt werden kann. 4) Wenn eine von den 14. bestimmten Ursachen angeführt ist, deren Wahrheit aber der Enterbte leugnet: so kann er querelam inofficiosi anstellen. Beweißt der eingesetzte Erbe die Richtigkeit der angeführten Ursache: so wird das Testament bestätigt (*2); beweißt er sie nicht: so wird es als inofficiosum umgestossen.

(1) Viele Rechtsgelehrten, Donellus, Duaren, Hotomann, Fachineus und andere, (S. *Harpprecht* ad §. 5. I. de exhered. lib. n. 6.) behaupten zwar ganz allgemein, daß, wenn ein Testament wegen Präterition oder Enterbung der Kinder ungiltig sey, nur die Erbeseinsetzung zu Grunde gehe. Ihre Argumente findet man concentrirt bey *Hunn.* in resolut. p. 567. sqq. Allein dieser Satz ist nicht allgemein wahr, wie *Vinn.* quaest. sel. lib. 2. cap. 20. *Cocceii* in iur. controv. h. t. quaest. 4. *Pufendorf* tom. 4. obs. 76. §. 10. sqq. *Koch* diss. de testamento per matrimonium vel nullo vel rupto. (Giss. 1773.) §. 4. zeigen. Das Hauptargument jener Parthey ist aus der Auth. *ex causa* C. de lib. praeteritis genommen. Aber diese Authentike muß aus der 115. Novelle, ihrer Quelle, erklärt werden, und diese bestätigt jenen Satz in seiner ganzen Allgemeinheit nicht. Sie redet nicht von nichtigen Testamenten überhaupt, sondern nur von solchen, die wegen nicht beobachteter Form des neuen Rechts ungiltig sind, weil Kinder, oder Eltern ohne Anführung einer gesetzlichen Ursache ausgeschlossen sind.

(2) Ein ganz strenger Beweis wird eben nicht erfordert. *Leyser* sp. 457. med. 5.

§. 529. Was ist Rechtens bey den Emancipirten?

Wenn der Vater, oder ein väterlicher Ascendent die emancipirten Kinder oder Enkel nicht einsetzt, und nicht enterbt, sondern übergeht: so suchen sie bonorum possessionem contra tabulas cum re. Enterbt er sie, aber

nicht rite: so bekommen sie ebenfalls diese bonorum possessionem cum re. Wenn sie endlich rite enterbt sind: so müssen sie bonorum possessionem litis ordinandae gratia bitten, und wenn sie diese erhalten haben, zur querela nullitatis, oder inofficiosi ihre Zuflucht nehmen. (§. 659.)

§. 530. Bey den postumis.

Wenn Vater oder väterliche Ascendenten die postumos ausschliessen: so sind diese entweder in der väterlichen Gewalt, oder nicht. Im letzten Fall ist eben das bey ihnen Rechtens, was bey den schon gebohrnen emancipirten Kindern gilt. (§. 529.) Im ersten Fall aber sind die postumi entweder übergangen, oder enterbt. Sind sie übergangen: so rumpiren sie das Testament. Sind sie hingegen exheredirt: so ist es entweder rite geschehen, oder nicht. Ist die Enterbung nicht rite geschehen: so ist sie wie eine Präterition anzusehen. Wenn sie hingegen rite geschehen ist: so hat nach dem Recht des Coder querela inofficiosi statt. Kann aber nach dem Recht der Novellen nicht querela nullitatis angestellt werden? Man sollte dieß glauben, weil es unmöglich scheint, bey einem postumo eine rechtmäßige Ursache der Enterbung anzuführen. Wo aber dieß nicht geschieht, da hat querela nullitatis statt. (§. 528. Num. 3.) (*1). Indessen lassen sich doch Fälle denken, wo sich ein postumus der Enterbung würdig macht. Wir haben z. E. oben (§. 517. d.) gehört, daß, wenn ich einen Sohn und dessen Kinder in meiner väterlichen Gewalt habe, und der Sohn vor mir stirbt, dessen Kinder jetzt als meine postumi zu betrachten sind. Diese können eine Enterbung verdient haben. Ich kann also sagen: mein Sohn soll mein Erbe seyn. Sollte er vor mir sterben: so sollen seine Kinder mich erben, sein ältester Sohn ausgenommen, weil er mich geschlagen hat.

(1) *Hunn.* in resolut. pag. 439. qu. 20. *Cocceii* iur. contr. libr. 28. tit. 2. qu. 9.

§. 531. Bey den Adoptivkindern.

Die Adoptivkinder sind entweder arrogirt, oder in eigentlichem Verstand adoptirt. Die letztern sind entweder vollkommen oder unvollkommen adoptirt. Die unvollkommen adoptirte erben nur ab intestato; wenn ich ein Testament mache: so kann ich sie nach Gefallen übergehen. Die arrogirten und vollkommen adoptirten aber sind entweder wieder emancipirt, oder nicht. Sind sie emancipirt: so kann man sie ebenfalls nach Belieben übergehen. Wenn sie aber nicht emancipirt sind: so hat eben das bey ihnen statt, was bey den leiblichen Kindern Rechtens ist.

§. 532. Was haben Mutter und mütterliche Ascendenten zu beobachten?

Mutter und mütterliche Ascendenten können ihre Kinder und Enkel übergehen

gehen und enterben. Nur müssen sie, wenn die Rede von leiblichen Kindern ist, eine gerechte Ursache anführen. Thun sie dieß nicht: so fällt das Testament in Ansehung der Erbeseinsetzung um (corruit quoad institutionem), und ich glaube, daß querela nullitatis dagegen statt findet. (§. 528. Num. 3.) Wenn sie aber eine rechtmäßige Ursache anführen: so muß der Enterbte oder Uebergangene zu der querela inofficiosi greifen (*1). Adoptivkinder können von der Mutter und den mütterlichen Ascendenten nach Belieben ausgeschlossen werden. Wir haben nemlich oben (§. 146.) gehört, daß Weibspersonen zuweilen vom Landesherrn die Erlaubniß erhalten zu adoptiren. Nun fragt sich: sind sie alsdann dem Adoptivkind den Pflichttheil schuldig? Ich glaube nicht; denn da ein imperfecte adoptatus vom Adoptivvater keinen Pflichttheil fordern kann: (§. 531.) so muß man den analogischen Schluß machen, daß auch den von einer Weibsperson adoptirten Kindern keiner gebührt (*2). Daß in dem Fall, wenn ich ein Kind adoptire, meine Frau demselben keinen Pflichttheil schuldig sey, versteht sich ohnehin. (§. 148.)

(1) Wenn postumi von der Mutter, oder mütterlichen Ascendenten übergangen sind: so ist das Testament darum nicht ruptum, sondern es muß ebenfalls querela nullitatis iuris novi, oder querela inofficiosi dagegen angestellt werden.

(2) Gloss. ad L. 29. §. 3. D. de inoff. testam. Anderer Meynung ist das Colleg. Argentoratense tit. de adopt. th. 56. und zwar wegen der angeführten L. 29. wo es heißt: quoniam femina nullum adoptare filium sine iussu Principis potest, nec de inofficioso testamento eius, quam quis sibi matrem adoptivam falso esse existimabat, agere potest. Allein daraus, daß der Jurist sagt: einer der ohne landesherrliche Autorität adoptirt ist, könne die Querel nicht anstellen, folgt noch nicht, daß es einer thun könne, welcher mit Erlaubniß des Landesherrn an Kindes statt angenommen ist; denn das argumentum a contrario ist in der juristischen Exegetik sehr trüglich. Ausserdem sind die Worte: sine iussu Principis, ein tribonianisches Emblem, wie *Noodt* ad tit. de inoff. testam. pag. m. 159. a. bemerkt.

§. 533. Was ist Rechtens, wenn Eltern oder Geschwister ausgeschlossen werden?

Wenn die Eltern von den Kindern übergangen oder enterbt werden: so muß eine von den acht gesetzlichen Ursachen im Testament angeführt seyn. Ist dieß nicht geschehen; das heißt, die Kinder haben entweder gar keine Ursache allegirt, oder eine, die nicht unter den acht gesetzlichen enthalten ist: so ist das Testament, in Ansehung der Erbeseinsetzung, ungiltig (quoad institutionem corruit), und ich glaube, daß querela nullitatis statt habe. (§. 528. Num. 3.) Ist aber eine rechtmäßige Ursache angeführt, und der Enterbte behauptet, daß sie falsch sey: so kann er querelam inofficiosi anstellen. Wenn Geschwister übergangen oder enterbt werden, und eine schändliche Person eingesetzt ist: so können sie zur querela inofficiosi greifen; und nun kommt es

darauf an, ob der ausgeschlossene Bruder, die ausgeschlossene Schwester sich so gegen den Testator betragen haben, daß sie eine Enterbung verdienen, oder nicht. Im ersten Fall wird das Testament bestätigt, im letzten aber umgestossen.

§. 534. Was ist querela inofficiosi?

Dieses vorausgesetzt wollen wir die Natur der querelae inofficiosi testamenti etwas genauer überlegen. Der erste Character heißt, sie wird von den Personen angestellt, welchen der Pflichttheil gehört; also a) von den Kindern, b) Eltern, und c) von Geschwistern, wenn ihnen eine schändliche Person vorgezogen worden ist. 2) Sie hat statt, wenn diese Personen in der gehörigen Form enterbt, oder auf erlaubte Art (§. 525. präteriret sind, die angeführte Ursache aber falsch ist. Eine Ursache der Präterition kann rechtmäßig, und doch falsch seyn. Wenn z. E. der Vater sagt: ich enterbe meinen Sohn, weil er mich geschlagen, und der Sohn dieses nie gethan hat: so ist eine gerechte, aber doch falsche Ursache allegirt. 3) Sie wird gegen den eingesetzten Erben angestellt. So oft eine Enterbung geschieht, wird auch an die Stelle des Enterbten ein anderer eingesetzt. Gegen diesen also wird die querela inofficiosi gerichtet. 4) Das Gesuch dieser Klage geht dahin, daß man das Testament umstosse (ut rescindatur), und den Kläger zur Intestaterbfolge lasse.

Woher die querela inofficiosi ihren Ursprung habe, ist sehr zweifelhaft. Duarenus (*1) glaubt, sie gründe sich auf Kayserliche Verordnungen. Aber dieß ist offenbar falsch. Denn man findet sie schon zu den Zeiten der freyen Republik. Pithoeus (*2) sucht ihren Ursprung im prätorischen Edict Aber Ulpian leitet sie in der L. 8. pr. D. de bon. poss. ausdrücklich aus dem Civilrecht her, und die actiones praetoriae *rescissoriae* (Klagen, die dahin gehen, einen giltigen Actus umzustossen,) dauern auch nur Ein Jahr, diese Querel aber fünf Jahre. 3) Cujacius (*3) und andere (*4) behaupten, sie sey durch die legem Gliciam eingesetzt worden. Diese Meynung hat nichts für sich, als daß L. 4. D. h. t. überschrieben ist: Caius libro singulari ad L. Gliciam. Allein man findet von diesem Gesetz sonst nirgends die mindeste Nachricht, und gesetzt, es habe existirt: so ists doch mit nichts bewiesen, daß es die querelam inofficiosi testamenti eingeführt habe (*5). 4) Die richtigste Meynung ist also wohl: diese Klage ist von den Rechtsgelehrten erfunden, und durch die Praxis bestätigt worden. Die Juristen hielten es für unbillig, seine Kinder, Eltern und Geschwister, ohne hinlängliche Ursachen zu enterben. Sie gaben daher einem solchen Enterbten den Rath, gegen das Testament Klage zu erheben, und zum Grund anzunehmen, der Testator sey nicht recht

bey

bey Verſtand geweſen; welches daraus erhelle, daß er ein ſo unbilliges, pflichtwidriges Teſtament gemacht habe; oder wie man es kurz ausdrückt, ſie riethen dem Kläger, ſich des *coloris inſaniae* zu bedienen. Dieſer Gedanke fand in den Gerichten Beyfall, und die Klage wurde von der Praxis angenommen. Die Urſache, warum man ſie nicht *actionem*, ſondern *querelam* nennte, iſt, weil dieſes Wort gelinder, als jenes war, und man daher in dem Fall, wenn die nächſten Verwandten Proceß unter einander hatten, nicht die Ausdrücke accuſare, litigare, ſondern conqueri brauchte. *Inofficioſi* querela heißt ſie, weil ein Teſtament, das eine unbillige Enterbung enthält, *inofficioſum*, das heißt, pflichtwidrig iſt.

(1) *Duarenus* in praelect. ad Pand. h. t.
(2) *Pithoeus* in not. ad collat. LL. Rom. et Moſ. tit. 16. §. 3.
(3) *Cuiac.* lib. 2. obſ. 21.
(4) *Carolus Lovardus* (ein fingirter Name), eigentlich *Volhard* de vera origine querelae inoff. teſtam. ex L. Glicia, Dresd. 1762.
(5) *Püttmann* probabil. lib. 2. cap. 1. p. 8. *Zepernick* ad *Siccam.* de iudic. centumvir. p. 149.

§. 535. Was iſt ihre Wirkung, und wenn fällt ſie weg?

Weil der Kläger bey der querela inofficioſi den Vorwand brauchte, der Teſtator ſey nicht recht bey Vernunft geweſen: ſo folgte, daß das ganze Teſtament zu Grund gieng, alſo nicht nur die Erbeseinſetzung, ſondern auch die übrige darinn enthaltene Verordnungen, z. E. Vermächtniſſe ungiltig wurden. Denn ein Blödſinniger kann gar nichts in einem letzten Willen verordnen. Juſtinian hat dieß in der 115. Novelle abgeändert, und feſtgeſetzt, daß, wenn ein Teſtament durch dieſe Querel umgeſtoſſen wird, nur die Erbeseinſetzung wegfallen, alle andere Puncte des Teſtaments aber giltig bleiben ſollten. Ein gleiches hat ſtatt, wenn die in der 115. Nov. vorgeſchriebene Form nicht beobachtet, das heißt, keine geſetzliche Urſache der Enterbung angeführt iſt. Man kann zwar die querelam nullitatis dagegen anſtellen; (§. 525.) aber es gehet doch nicht ganz zu Grund, nur die Erbeseinſetzung wird ungiltig. Die querela nullitatis *iuris antiqui* iſt alſo von der querela nullitatis *iuris novi* ſehr unterſchieden. Wenn die in den alten Geſetzen vorgeſchriebene Form nicht beobachtet, kurz, wenn die Enterbung nicht rite geſchehen iſt: (§. 476.) ſo iſt das ganze Teſtament, mit allem, was es enthält, nichtig. Iſt aber nur die Form der 115. Novelle vernachläſſiget: ſo iſt zwar das Teſtament auch null, aber doch nicht nach ſeinem ganzen Inhalt, ſondern nur in Anſehung der Erbeseinſetzung.

Weil indeſſen der Vorwand der Blödſinnigkeit doch offenbar falſch war: ſo war dieſe Klage nicht ſehr beliebt. Sie hat daher 1) nicht ſtatt, wo ſich

der

der Kläger mit einem andern Rechtsmittel helfen kann. Wer also das Testament als nullum, ruptum, oder irritum angreifen, wer B. P. contra tab. cum re dagegen suchen kann, der darf die querelam inofficiosi nicht dagegen anstellen. Er würde auch nach den neuen Gesetzen thörigt handeln. Denn die querela inofficiosi wirft nur, wie wir eben gehört haben, die Erbeseinsetzung um. Ein testamentum nullum, ruptum, irritum, oder das durch die B. P. c. t. umgestossen wird, geht völlig zu Grund (*1). 2) Die Erben des Exheredirten können sie nicht anstellen, wenn nicht der Enterbte gerichtlich oder ausergerichtlich erklärt hat, daß er sie anstellen wolle. Ein einziger Fall ist ausgenommen, folgender nemlich; der Sohn ist enterbt, und A. eingesetzt. Dieser ist zweifelhaft, ob er die Erbschaft antreten, oder ausschlagen soll. Während dem, daß er deliberirt, stirbt der enterbte Sohn. Nun tritt A. die Erbschaft an. In diesem Fall können die Erben des Enterbten die Querel anstellen, wenn gleich der Verstorbene noch nicht declarirt hatte, daß er sie anstellen wolle. 3) Sie muß binnen fünf Jahren angestellt werden, da doch sonst die Erbschaftsklage 30 Jahre dauert. 4) Wenn einer enterbt, ihm aber doch ein Vermächtniß hinterlassen ist, und er die Querel anstellt, aber den Proceß verliert: so kann er das Vermächtniß nicht fordern. Dieß ist eine Strafe dafür, daß er den Testator ohne Grund für blödsinnig ausgegeben hat. Ob übrigens dieses Gesetz noch heutigestags gelte, ist zweifelhaft. Der in der Note angeführte Schriftsteller leugnet es, weil man heutigestags den Vorwand der Blödsinnigkeit bey der querela inofficiosi testamenti nicht brauche. Allein ich glaube nicht, daß dieses Argument ganz stringent ist. Denn die Römer bedienten sich in den neuern Zeiten, nachdem die Querel durch Gesetze bestätigt war, dieses Vorwandes auch nicht mehr, und doch fand jene Verordnung noch statt. Auch gilt im Römischen Recht der Schluß nicht immer: der Grund einer Verordnung fällt weg, also fällt die Verordnung selbst weg (*2). Endlich beweist auch das Argument zu viel. Man kann daraus eben so gut folgern, daß alle vorhin angeführte Sätze nach dem neuen Recht wegfallen, daß also z. E. die Erben des Enterbten die Querel anstellen können, daß sie nicht 5, sondern 30 Jahre dauern (*3), und dieß läßt sich doch wohl nicht behaupten (*4). 5) Die Querel kann nicht angestellt werden, wenn die Enterbung nicht aus Haß, sondern aus guter Meynung geschehen ist. In den Gesetzen kommen zwey Fälle dieser Enterbung vor: a) wenn der Vater seinen blödsinnigen oder verschwenderischen Sohn enterbt, und dessen Kinder, seine Enkel einsetzt; b) wenn er ein unmündiges Kind enterbt, und dem eingesetzten Erben befielt, daß er dem Kind nach erreichter Mündigkeit die Erbschaft restituiren solle. In der Praxis wird auch c) diese Enterbung verstattet, wenn der Sohn verschuldet ist, und der Vater voraus sieht, daß die

Gläu-

Gläubiger alles Vermögen, sobald es dem Sohn zufällt, wegnehmen werden (*5).

Wer übrigens den Willen des Verstorbenen ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt hat, kann die Querel nicht anstellen. Ausdrücklich habe ich den Willen anerkannt, wenn ich erkläre, daß ich zwar befugt wäre, gegen das Testament zu klagen, es aber nicht thun wolle; stillschweigend, wenn ich das Vermächtniß annehme, welches mir im Testament hinterlassen ist. Denn, indem ich dieses thue, erkläre ich, daß der Verstorbene im Stand gewesen, etwas zu vermachen, daß er also nicht blödsinnig gewesen sey. Folglich kann ich nachher nicht die Querel anstellen, und ihn für blödsinnig ausgeben. An der Giltigkeit dieser Verordnung zweifeln auch verschiedene (*6), und glauben, daß man heutzutage ein Vermächtniß annehmen, und doch die Querel anstellen könne; weil der color insaniae bey uns nicht gebraucht werde.

(1) Man s. indessen L. 8. §. 12. D. h. t. und *Püttmann* adverss. lib. 1. cap. 6.
(2) Strube rechtl. Bed. 1. Th. 19. Seite. 2. Th. 556. S.
(3) *Püttmann* opusc. pag. 27.
(4) *Voelcker* diss. (Praeside *Car. Frid. Walch*, Ien. 1772.) de transitu querel. inoff. testam. ad heredes vertheidigt indessen wirklich die Meynung, daß nach dem neuesten Römischen Recht die Querel, auch unvorbereitet, auf die Erben gehe.
(5) *Leyser* sp. 358. med. 2. *Pufendorf* tom. 1. obs. 192. Cramer Nebenst. part. 38. n. 8. Also diese Enterbung erfordert eine im Testament angeführte rechtmäßige Ursache. L. 16. D. de curat. fur. *Boehmer* ius controv. pag. 417.
(6) *Leyser* sp. 93. m. 7. *Koch* l. c.

TIT. XIX.

DE HEREDUM QUALITATE ET DIFFERENTIA.

§. 536. Die Erben sind entweder necessarii, oder voluntarii.

Die Erben sind von zweyerley Art; (S. die 35. Tabelle.) einige müssen Erben seyn, sie mögen wollen, oder nicht; andere können Erben seyn, wenn sie wollen; es hängt von ihrer Willkühr ab, ob sie es seyn wollen, oder nicht. Jene heissen nothwendige Erben (*heredes necessarii*), diese freywillige (*voluntarii*) (*1). Die necessarii sind entweder sui et necessarii, oder necessarii allein. Wir wollen jede Gattung besonders betrachten.

(1) Wenn ich einen nothwendigen Erben mit den Worten einsetze: er soll mein Erbe seyn, wenn er will: so wird er dadurch zu einem freywilligen. L. 12. D. de condit. instit.

§. 537. Wer sind die necessarii?

Necessarii allein sind die Sklaven. Wenn ich nemlich meinen eignen Sklaven zum Erben einsetze: so ist er, ich mag ihn nun zugleich ausdrücklich oder nur stillschweigends freygelassen haben, (§. 483.) sobald ich sterbe, frey, und ipso iure, d. i. ohne weitere Erklärung mein Erbe. Die Ursache, warum die Römer ihre Sklaven zu Erben einsetzten, war zuweilen Liebe für sie; meistens aber lag sie darinn: sie hielten es für schimpflich, wenn nach ihrem Todt über ihr Vermögen ein Concurs entstand, und die Güter unter dem Namen des Verstorbenen öffentlich aufgesteckt wurden. Dieser Beschimpfung zu entgehen, ernennten sie einen Sklaven zum Erben. Denn nun wurde das Vermögen unter des Sklaven, nicht unter des Verstorbenen Namen verkauft, servus magis infamiam, quam patrimonium consequebatur (*1), indessen hatte er doch den Vortheil, daß er frey wurde.

(1) L. 3. C. Theod. de inoff. testam.

§. 538. Was sind die sui et necessarii?

Sui et necessarii heredes heissen die Kinder, Enkel u. s. w. die zu der Zeit, als der Verstorbene mit Todt abgieng, noch in seiner väterlichen Gewalt waren, und zu der Zeit, da ihnen die Erbschaft zufällt, die nächsten in der Familie sind; das heißt, dem Verstorbenen so nahe sind, daß niemand zwischen ihnen und dem Verstorbenen steht (ut eos nemo gradu antecedat). Ich sage a) sie sind in der väterlichen Gewalt des Verstorbenen zur Zeit des Absterbens gewesen. Emancipirte Kinder sind also keine sui heredes. Auch die Mutter hat keine suos heredes. Alle Kinder, sobald sie auf irgend eine Art aus der väterlichen Gewalt gehen, hören auf, sui heredes zu seyn. Wenn also heutzutage eine Tochter heyrathet, oder ein Sohn seine eigene Oeconomie anstellt: so sind sie keine sui heredes mehr. (§. 163.) b) Sie sind die nächsten in der Familie. Die Enkel C D E, deren Vater B noch lebt, sind keine sui heredes des A; denn es steht zwischen ihnen und den A. noch

eine Person, ihr Vater; sie sind nicht proximi in familia. e) Daß sie die nächsten sind zur Zeit, da der Verstorbene mit Todt abgehet, ist nicht nöthig;

nöthig; genug, daß sie es alsdann sind, wenn ihnen die Erbschaft anfällt. Der Fall, worauf dieser Satz zielt, ist folgender:

B ist enterbt, der statt seiner eingesetzte Erbe deliberirt, ob er die Erbschaft annehmen soll. Während dieser Zeit stirbt der enterbte Sohn. Nun repudiirt der eingesetzte Erbe die Erbschaft, und die Enkel C D sind sui heredes. Zu der Zeit, als A starb, waren sie es noch nicht; denn B lebte noch. Damals waren sie noch nicht proximi in familia. Aber jetzt, da ihnen die Erbschaft zufällt, sind sie proximi, also sui heredes (*1). Die Ursache, warum sie *sui* heissen, ist vielleicht, weil sie in der Gewalt des Vaters, weil sie sein sind, sein Eigenthum; oder weil sie schon bey Lebzeiten des Vaters gewissermassen (ex fictione iuris) von dessen Vermögen Miteigenthümer (condomini), und daher gleichsam sich selbst erben, αὐτοκληρονομοι, sui ipsorum heredes sind (*2). *Necessarii* heredes heissen sie, weil sie nach den Civilgesetzen Erbe seyn müssen; die Erbschaft, sie mag ihnen nun durch ein Testament, oder ab intestato zufallen, nicht ausschlagen dürfen (*3).

Die erste Note führt noch einen Grund an, warum die Enkel, so lang ihr Vater noch lebt, keine sui heredes des Großvaters sind. Wenn sie nemlich vom Großvater eingesetzt werden: so treten sie die Erbschaft auf Befehl des Vaters an, sie sind also nicht ipso iure, ohne alle Erklärung Erben. Die zweyte Anmerkung bedarf keiner Erklärung. Die Erläuterung übrigens, die hier aus dem Plautus hergeholt ist, hätte eben so gut aus dem Evangelium genommen werden können. Mein Sohn, du bist allezeit bey mir, und alles, was mein ist, das ist dein. Aber da hätte man freylich nicht sagen können: *eleganter* respondet, u. s. w. Das verdient noch bemerkt zu werden, daß die Römischen Rechtsgelehrten, wenn sie von suis heredibus reden, allezeit das Wort sui voraussetzen, und nie heredes sui sagen.

(1) *Contii* tract. de hered. et bon. poss. in opp. p. 292.
(2) *Costa* ad §. 1. l. h. t. *d'Arnaud* var. coniect. l. 1. cap. 25. pag. 176. *Voorda* interpret. lib. 1. cap. 4. besonders *Hotomann* observ. lib. 9. cap. 10.
(3) Eine treffliche Abhandlung über diese ganze Materie ist *G. L. Boehmer* diss. de

de suo herede, ab hereditate se abstinente; in elect. iur. civ. tom. I. num. 4. S. auch *Petr. Claud. van Goethem* diss. de suo herede, Lugd. Bat. 1786.

§. 539. Was ist das beneficium abstinendi?

Die sui heredes also sind: 1) *ipso jure* Erben. Sobald der Erblasser stirbt, sind sie, weil es die Gesetze wollen, ohne daß sie sich darüber zu erklären brauchen, Erben. 2) Sind sie nothwendig Erben, sie müssen es seyn, ob ihnen gleich die Erbschaft schädlich ist, wenn die Schulden das Vermögen übersteigen. Weil aber der Prätor dieses Gesetz, wie es wirklich ist, für hart hielt; da die Kinder, im Fall daß ihr Vater verschuldet war, und sie seine Erbschaft annehmen mußten, nicht nur den Schimpf hatten, daß ein Concurs entstand, und das Vermögen unter ihrem Namen aufgesteckt wurde, sondern auch selbst den Glaubigern haften mußten: so gab er den suis das beneficium abstinendi; er erlaubte ihnen die väterliche Erbschaft auszuschlagen. Man hat also wohl zu bemerken: 1) durch das beneficium abstinendi hat der Prätor das ius sui heredis, oder wie es einige nennen, die suitatem nicht aufgehoben, sondern nur die necessitatem. Nemlich *suitas* ist das Recht, eine Erbschaft zu acquiren, die ich nicht durch ein äusserliches Factum angetreten habe; necessitas ist die Verbindlichkeit eine Erbschaft anzunehmen. Jene ist nicht aufgehoben bey den Kindern, nur diese ist ihnen erlassen. Also kurz, seitdem den suis das beneficium abstinendi zukommt, haben sie nicht aufgehört, ipso iure Erben zu seyn; sondern sie sind nur nicht mehr gezwungen, Erben zu werden (* 1). 2) Ist zu bemerken, daß ein suus heres, wenn er sich der väterlichen Erbschaft enthalten will, sich a) nicht immisciren darf; (was das heisse, erklärt der folgende §.) b) daß er nichts aus der Erbschaft entwenden muß: ne per eum eamve factum fuerit, quo quid ex ea hereditate amoveretur, sagt der Prätor. So bald er eines von beyden thut, kann er nicht mehr abstiniren. Nur ein Unmündiger ist befugt, noch zu abstiniren, wenn er sich gleich schon immiscirt hat; auch ein Minderjähriger, der sich ohne Einwilligung seines Curators immiscirt hat. Hat der Curator in die Immixtion gewilligt: so muß der Minderjährige Restitution in integrum suchen, wenn er nachher abstiniren will (* 2).

(1) *Boehmer* Diss. cit. cap. 2. §. 12. pag. 113.
(2) *Boehmer* §. 21.

§. 540. Wirkungen der Suität.

Ein suus braucht also die Erbschaft nicht anzutreten, das heißt, er braucht nicht zu erklären, daß er Erbe seyn wolle, sondern sobald der Erblasser stirbt, ist der suus sogleich Erbe. 2) Wenn er durch Worte oder Werke zu erkennen giebt, daß er Erbe seyn wolle: so sagt man: immiscet se hereditati. Entsteht aber die Frage: aus welchen Handlungen man eine Immixtion schliessen könne? so ist die Antwort: Handlungen, welche bey einem freywilligen Erben

eine

eine *gestionem pro herede* involviren, beweisen bey dem suo herede eine Immixtion. Man sehe den §. 542. (*1) 3) Erklärt aber der suus durch Worte oder Werke, daß er nicht Erbe seyn wolle: so heißt es: abstinet ab hereditate. Wenn andere Erben die Erbschaft ausschlagen: so sagt man: repudiant. Weil aber dieses Wort für einen suum heredem zu hart und respectswidrig schien: so brauchte man den gelindern und höflichern Ausdruck: abstinet. Also der suus braucht es nicht gerade mit Worten, noch weniger gerichtlich zu erklären, daß er abstiniren wolle; seine Erklärung ist auch an keine gewisse Frist gebunden; (*2) und wenn die Gläubiger des Vaters den suum heredem belangen: so müssen sie beweisen, daß er sich immiscirt habe (*3). 4) Wenn ein suus stirbt, ohne erklärt zu haben, daß er Erbe sey, ja ohne es gewußt zu haben, daß ihm die Erbschaft angefallen sey: so transmittirt er sie doch auf seine Erben. Man nehme z. E. an, daß der Vater am 1. Januar 1776. in einem entfernten Lande stirbt, daß der Sohn (noch filius familias), ehe er von diesem Absterben Nachricht bekommt, am 6 Januar ebenfalls mit Todt abgehet, und eine Wittwe als Erbin hinterläßt. Bekommt diese das Vermögen ihres Schwiegervaters? Allerdings; denn ihr Mann war suus heres, er hat also die Erbschaft seines Vaters ipso iure acquirirt. Die Wittwe ist Erbe von ihm, folglich ist die väterliche Erbschaft auf sie transmittirt.

(1) Und *Boehmer* §. 24.
(2) *Boehmer* §. 11.
(3) *Boehmer* §. 25. *Io. Chph. Koch* diss. de heredibus suis, ad probationem abstentionis haud obligatis. *Walch* controvers. p. 254. Anderer Meynung sind *Pufendorf* tom. 3. obs. 8. v. Steck in der Ausführung polit. und rechtl. Materien n. 13. pag. 185.

§. 541. Von den freywilligen Erben.

Freywillige Erben, heredes voluntarii, sind alle Erben, die weder Sklaven des Erblassers, noch in seiner väterlichen Gewalt waren. Ihnen kann der Erblasser nicht befehlen. Sie sind daher nicht gezwungen, seine Verlassenschaft anzunehmen; es hängt von ihnen ab, ob sie dieselbe an sich bringen, (acquirere, adire sensu generali,) oder ausschlagen (omittere) wollen. Sie erwerben sie nicht, als wenn sie wollen; heredi voluntario ignoranti et invito hereditas non adquiritur.

§. 542. Was ist die Antretung der Erbschaft?

Will ein freywilliger Erbe die Erbschaft annehmen: so kann er seinen Willen ausdrücklich, er kann ihn auch stillschweigend zu erkennen geben. Im ersten Fall heißt seine Erklärung *aditio* im eigentlichen Verstande, im letzten Fall *gestio pro herede* (*1). Ein jedes Factum übrigens, woraus man mit

Gewißheit schließen kann, daß ich die mir angefallene Erbschaft haben wolle, das niemand thut, als wer Erbe seyn will, involvirt eine gestionem pro herede; z. E. wenn ich die in der Verlassenschaft befindlichen Aecker und Gärten ausstelle, das Wohnhaus beziehe, das baare Geld zu mir nehme, Kapitalien aufkündige, ausleihe, des Erblassers Schulden bezahle, u. s. w. (*2) Sobald ein Factum eine doppelte Auslegung zuläßt: so kann man daraus keine gestionem pro herede beweisen; z. E. wenn der Sohn, welcher adventitia hat, im väterlichen Vermögen sitzen bleibt: so läßt sich daraus nicht schließen, daß er des Vaters Erbe seyn wolle. Er kann es custodiae causa, um die Verlassenschaft nicht aus der Aufsicht zu lassen, gethan haben. Wenn ich meine verstorbene Mutter begraben lasse: so kann man daraus nicht folgern, daß ich sie erben will. Mein Beweggrund kann blos die kindliche Liebe seyn (*3). Auch in dem Fall, wenn ich ein Factum vornehme, woraus sich sonst eine gestio pro herede herleiten läßt, aber dabey protestire, daß ich es nicht animo heredis thue: so bin ich gesichert, und man kann nicht behaupten, daß ich mich pro herede gerirt hätte.

Solang eine Erbschaft noch nicht angetreten ist, heißt sie hereditas iacens. Von dieser sagt Ulpian (*4): *personam defuncti sustinet*, sie stellt den Verstorbenen vor, d. i. die Gesetze fingiren, der Verstorbene lebe noch, sey noch Eigenthümer seines Vermögens. Durch diese Fiction bekommt die Erbschaft eine Art von Persönlichkeit. Sie ist gleichsam die Eigenthümerin der Verlassenschaft, hereditas domina est, wie Cajus (*5) sich ausdrückt.

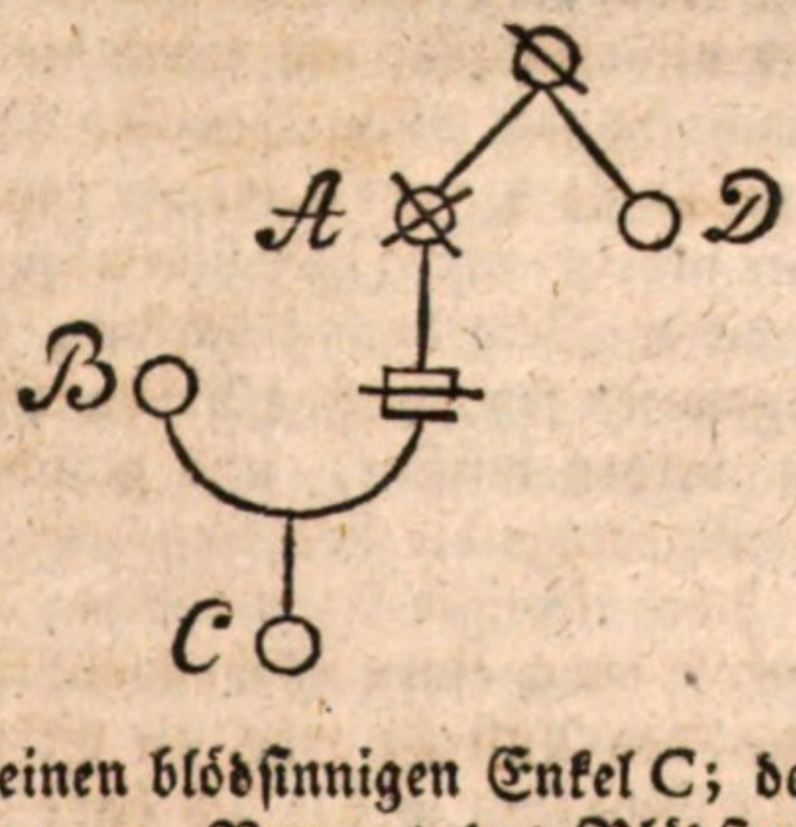
(1) Auch gehört zu den Handlungen, wodurch man eine Erbschaft antrit, wenn man ihr zum Vortheil eines andern entsagt. Strube rechtl. Bed. 1. Th. 89. Seite.
(2) In der L. 14. §. 8. D. de religios. heißt sie geritio pro herede.
(3) Strube rechtl. Bed. 1. Th. 250. 251. Seite.
(4) L. 34. D. de A. R. D.
(5) L. 31. D. de hered. instit.

§. 543. Wer kann eine Erbschaft antreten?

Wer eine Erbschaft antrit, ist Willens sie zu haben. Also nur der kann eine Erbschaft antreten, wer einen Willen hat, und der eigne Wille des Erben gehört schlechterdings und dergestalt zur Erbschaftsantretung, daß kein anderer, als der Erbe selbst antreten kann. Daraus folgt 1) wenn einem Pupillen eine Erbschaft zufällt: so kann sie der Vormund ohne des Pupillen Vorwissen nicht antreten (*1). Der Pupill muß es selbst thun auctore tutore. Ist der Pupill noch ein Kind: so helfen sich die Juristen mit einer Fiction. Sie sagen: pro herede se gerere videtur auctore tutore (*2). Nach einer neuen Verordnung Theodosius des jüngern (*3) ist dem Tutor verstattet, Namens

des

des Pupillen anzutreten, und in der Praxis geschieht dieß täglich. 2) Ein Herr kann keine Erbschaft Namens seines zum Erben ernennten Sklaven, und kein Vater Namens seines Sohnes antreten; Sklav und Sohn müssen es auf Befehl des Herrn und Vaters selbst thun (* 4). Um bonorum possessionem kann der Vater Namens seines Kindes bitten (* 5). Indessen hat Theodosius in der angeführten L. 18. C. de iure delib. dem Vater erlaubt, im Namen des Kindes eine Erbschaft anzutreten. Auch ist in den neuen Gesetzen einem filio familias, wenn er mündig, *in secunda aetate* ist, wie L. 8. §. 1. C. de bon. quae lib. sagt, erlaubt, eine Erbschaft auch gegen den Willen des Vaters anzutreten, und verordnet, daß diese Erbschaft alsdann peculium adventitium extraordinarium werden solle (* 6). 3) Wenn der Erbe blödsinnig ist: so kann sein Curator oder Vater die Erbschaft nicht antreten, sondern nur um die bonorum possessionem kann er bitten. Allein diese bonorum possessio hat den Effect nicht, daß die Erbschaft dem Blödsinnigen unwiederruflich acquirirt werde, sondern wirkt nur so viel, daß die zum Unterhalt des Blödsinnigen nöthigen Kosten aus der Erbschaft dürfen genommen werden. Kommt der Blödsinnige zu Verstand: so kann er die Erbschaft, wenn er will, repudiiren. Thut er dieß nicht: so bleibt sie unwiederruflich sein. Stirbt er aber im Blödsinn: so hat die bonorum possessio keine Wirkung, die Erbschaft muß an diejenigen herausgegeben werden, die sie bekommen hätten, wenn der Blödsinnige nicht da gewesen wäre. Z. E.



A stirbt und hinterläßt einen blödsinnigen Enkel C; dessen Vater B bittet und erhält bonorum possessionem, Namens des Blödsinnigen. Nun stirbt der Blödsinnige, ohne zuvor seinen Verstand wieder zu bekommen. Auf wen fällt das großväterliche Vermögen? Nicht auf den Vater B, sondern auf des Großvaters Bruder D. Denn dieser würde succedirt haben, wenn der Blödsinnige nicht vorhanden gewesen wäre (* 7). 4) Minderjährige und erklärte Verschwen-

schwender können selbst antreten, nur muß es mit Einwilligung der Curatoren geschehen (* 8).

(1) L. 5. C. de iure delib.
(2) L. 65. §. 3. vers. *sed et in* facti; D. ad SCt. Trebell.
(3) L. 18. §. 2. C. de iur. delib.
(4) L. 1. §. 2. L. 26. D. si quis omiss. L. 36. §. 1. D. de A. vel O. H.
(5) L. 1. D. de bon. poss. furios. infant.
(6) *Hombergk* diss. de diverso iure patris in peculio adventitio, pro diversa liberorum aetate ad L. 8. §. 3. C. de bon. quae lib. Marb. 1753.
(7) *Sande* Decis. Fris. lib. 4. def. 8. §. 9. Indessen glaubt doch *Becmann* diss. cit. de adquisit. hered. dementi delatae, §. 32. p. 86. nicht ohne Grund, daß in dem Fall, wenn der Blödsinnige C. noch in der väterlichen Gewalt ist, und in dem Blödsinn stirbt, sein Vater B. die Erbschaft für sich selbst antreten könne. Arg. L. 8. C. de bon. quae lib.
(8) In Ansehung der Verschwender behaupten einige Juristen, sie könnten ohne die Einwilligung ihrer Pfleger antreten. Aber man s. *Reinold* varior. cap. 1.

§. 544. Wie geschieht die Erbschaftsantretung?

5) Die Erbesantretung muß freywillig geschehen. Hat mich jemand dazu gezwungen: so ist sie nichtig (* 1). 6) Wem eine Erbschaft zufällt, der muß sie entweder ganz antreten, oder ganz ausschlagen. Es geht nicht an, einen Theil anzutreten, und den andern auszuschagen. 7) Jede Erklärung, daß ich Erbe seyn wolle, ist eine Erbesantretung. Aber den Besitz der Erbschaft erhalte ich nicht anders, als durch die Apprehension. (§. 281.) 8) Man kann keine Erbschaft durch einen Bevollmächtigten antreten. Paulus sagt in der L. 90. pr. D. de A. vel O. H. per curatorem, oder wie andere Handschriften lesen: per procuratorem hereditas adquiri non potest (* 2). Einige setzen den Grund dieser Verordnung darinn, weil die Erbesantretung ein feyerliches Geschäft gewesen sey, welche Art von Geschäften in eigener Person hätte vorgenommen werden müssen, und glauben daher, daß nach den neuen Gesetzen, und heutigestags die Erbesantretung durch einen Procurator geschehen könne (* 3). Aber richtiger sagen andere: es ist widerspechend und widersinnig, eine Erbschaft durch einen Bevollmächtigten antreten zu wollen. Denn indem ich jemanden den Auftrag gebe, die Erbschaft anzutreten: so erkläre ich ja schon, daß ich Erbe seyn wolle; ich habe folglich schon angetreten, was ist also dem Bevollmächtigten noch zu thun übrig? Dazu kommt, daß Niemand eine Erbschaft antreten kann, als wem sie zugefallen ist (cui delata est). Nun ist sie aber dem Procurator nicht zugefallen. Wenn ich indessen einem auftrage, daß er sich an den Ort begebe, wo die Erbschaft ist, den Massebestand untersuche, und, im Fall er es vortheilhaft finde, antrete: so

kann

kann man im gewissen Verstande zwar sagen, daß ich die Erbschaft per procuratorem angetreten hätte. Allein Averanius am a. O. errinnert doch ganz richtig, daß auch in diesem Fall die Erbschaft nicht durch das Factum des Procurators erworben werde, sondern durch den Willen des Erben. Die Erklärung des Procurators ist zwar nothwendig, weil man daraus den Willen des Erben ersehen muß, und ehe sie geschieht, ist die Erbschaft nicht angetreten. Aber nicht jene Erklärung, sondern dieser Wille ist doch der Grund der Erbschaftsacquisition. Der actus aditionis und adquisitionis fängt doch nicht in der Person des Procurators an, wie in andern Fällen, der Procurator ist im Grunde ein blosser nuncius (* 4).

(1) *Marckart* interpret. lib. 2. cap. 13.

(2) Anderer Meynung sind *Fachinaeus* controvers. iur. lib. 6. cap. 96. *Duarenus* disput. anniversar. lib. 2. cap. 27. et commentar. ad tit. D. de A. vel O. H. cap. 4. und andere. Aber man s. *Cuiac.* obs. lib. 1. cap. 34. *Hunn.* resolut. lib. 2. tract. 5. quaest. 29. *P. Faber* semestr. lib. 2. cap. 22. *Donell.* in commentar. iur. civ. lib. 7. cap. 9. *Harpprecht* ad §. 7. Inst. h. t. n. 19. sqq. vorzüglich *Averan.* lib. 1. interpret. cap. 12.

(3) *Stryk* us. mod. tit. de A. vel O. H. §. 7. ibique alleg.

(4) *Averan.* l. c. *Bardili* diss. de adit. heredit. th. 36. *Finestres* ad tit. de A. vel O. H. part. 2. cap. 3. seq.

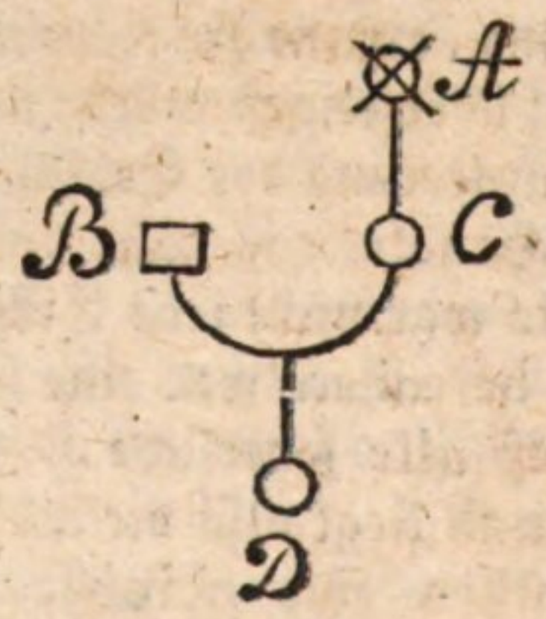
§. 545. Sie kann nicht bedingter Weise geschehen.

Die Erbschaft kann 9) nicht unter einer Bedingung angetreten werden; z. E. unter der Bedingung, wenn sie *solvendo* ist, das heißt, wenn die Schulden das Vermögen nicht übersteigen würden. Den Grund dieser Regel suchen viele darinn, daß die Antretung der Erbschaft eine feyerliche Handlung gewesen sey, und dergleichen Handlungen nicht unter einer Bedingung geschehen könnten. Allein fürs erste war nicht jede Erbschaftsantretung mit Feyerlichkeiten begleitet, nur *cretio* hereditatis war eine solenne Handlung; und fürs zweyte ist es unerweislich, daß alle feyerliche Handlungen unbedingt geschehen müssen. Der wahre Grund liegt also vielmehr darinn, die Erbschaftsantretung soll nach den Gesetzen eine gewisse und positive Declaration seyn (* 1). Dergleichen aber ist eine bedingte Erklärung nicht. Dazu kommt, daß, wenn die Bedingung weit aussehend wäre, eine solche Antretung den Gläubigern und Legatarien, die auf ihre Existenz oder Nichtexistenz warten müßten, höchst präjudicirlich seyn würde. Wollte ich unter einer Resolutivbedingung antreten: so könnte es geschehen, daß ich heute Erbe wäre, und morgen nicht mehr. Wer aber einmal Erbe ist, muß es immer bleiben. (§. 491.) Daher glaube ich auch nicht, daß heutigestags dieses Römische Gesetz wegfalle, und daß man bey uns eine Erbschaft sub conditione antreten könne, wie einige behaupten (* 2).

(1) *Iac. Gothofr.* ad L. 76. et 77. de R. I. Opusc. p. 934. et 941.
(2) *Stryk* us. mod. tit. de A. vel O. H. §. 8. *Leyser* sp. 370. med. 9. Unserer Meynung sind *Mich. Godofr. Wernher* lectiss. commentat. ad Pandect. tit. de A. vel O. H. §. 12. *Georg Guil. Lud. Bechtold* diss. de hereditatis aditione conditionata (Giss. 1784.) §. 11. seqq.

§. 546. Wirkungen derselben.

10) Wer eine Erbschaft antrit, wird Eigenthümer davon, und kann sie daher weiter auf seine Erben transmittiren. So lang ich aber noch nicht angetreten habe, bin ich noch nicht Eigenthümer der Verlassenschaft. Gehe ich also vor der Antretung mit Todt ab: so haben meine Erben an jene Verlassenschaft nichts zu prätendiren; so kann ich die Verlassenschaft nicht transmittiren. Hereditas non adita non transmittitur (* 1). Transmissio hereditatis nemlich ist die Devolution meines Erbrechtes auf meine Erben. Sie ist von viererley Art; *ex iure suitatis*, *Theodosiana*, *Iustinianea* und *ex capite restitutionis in integrum*. a) Von der ersten ist schon im §. 540. 4) gehandelt worden. b) Mit der Theodosiana hat es folgende Bewandniß: Kinder, die nicht mehr in des Vaters Gewalt sind, sind zwar nicht ipso iure Erben, sie müssen die Erbschaft durch ein äusserliches Factum antreten. Wenn sie indessen mit Todt abgehen, ehe sie angetreten haben: so transmittiren sie doch die Erbschaft auf ihre Descendenten, auf andere Erben nicht. Z. E.



A stirbt in einem entfernten Lande. Ehe der Sohn C, (der nicht mehr in väterlicher Gewalt stand,) davon Nachricht bekommt, stirbt er auch. Seine Erben sind die Wittwe B und sein Sohn D. Auf wen fällt die väterliche Verlassenschaft? Auf den D allein, die Wittwe B bekommt nichts davon. Denn C hat seines Vaters Erbschaft nicht angetreten, er transmittirt sie also nur auf seine Descendenten (* 2). c) Ist ein Erbe gestorben, ehe er von dem Anfall der Erbschaft Nachricht erhielt, oder sonst durch gerechte Ursachen verhindert worden, die Erbschaft anzutreten, und ohne Antretung mit Todt abgegangen: so können seine Erben restitutionem in integrum bitten, und dadurch die

die Erbschaft an sich bringen. Dieß ist die *transmissio ex capite restitutionis in integrum* (* 3). d) Von der Justinianeischen Transmission wird im 548. §. gehandelt werden.

11) Sobald der Erbe angetreten hat, succedirt er in alle Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen; hat das ius accrescendi, muß aber auch die Schulden des Verstorbenen bezahlen; und zwar, welches wohl zu bemerken ist, wenn sie gleich das Vermögen übersteigen. Die Deutschen sagen im Sprichwort: wer einen Heller erbt, muß einen Thaler bezahlen (* 4). Ist er Universalerbe: so bezahlt er alle Schulden allein; hat er aber Miterben: so zahlt er nach Verhältniß seiner Erbportion; erbt er nur z. E. die Hälfte: so bezahlt er die Schulden bis zur Hälfte u. s. w.

12) In der Erbschaftsantretung liegt auch ein Quasicontract mit den legatariis und fideicommissariis. Nemlich wer die Erbschaft antrit, ist schuldig, die legata und fideicommissa zu prästiren, eben so, als wenn er es ausdrücklich versprochen, als ob er darüber einen Contract mit den legatariis und fideicommissariis eingegangen hätte. Sie können daher eine Klage gegen ihn anstellen, welche actio personalis ex testamento heißt.

(1) Ausführlich erläutert diese Regel *Averanius* interpretat. lib. 4. cap. 4.

(2) Noch eine andere transmissio Theodosiana kommt in der L. 18. c. de iure delib. vor. S. *Duaren.* commentar. ad tit. D. de A. vel O. H. cap. 5. in Oper. p. 453. *Harpprecht* diss. de transmiss. hereditatis a persona extranea infanti delata, ad illustrat. L. 18. c. de iure delib. in diss. acad. n. 47.

(3) *Casp. Achat. Beck* diss. de emendatione iuris rom. in quibusdam causis successionum (Ien. 1729.) §. 24. sqq.

(4) Eisenhard Grundsätze der Deutschen Rechte in Sprichwörtern S. 286. u. f. f. Die Soldaten haben das besondere Privilegium, daß sie nicht mehr Schulden bezahlen dürfen, als der Nachlaß ihres Erblassers beträgt. L. fin. §. 15. C. de iure delib. (VI. 30.) Strube rechtl. Bed. 4. Band 251. Seite. Den Legatarien und Fideicommissarien ist der Erbe, wenn er gleich kein Inventarium hat machen lassen (§. 549.) über die Kräfte der Erbschaft, nach der richtigern Meynung, nicht verpflichtet. S. davon hauptsächlich *Christ. Hartmann* diss. de herede legatariis atque fideicommissariis ultra vires hereditatis non obligato, (Lips. 1744.) §. 6. sqq.

§. 547. Rechtswohlthaten der Erben.

Ein Erbe muß alle Schulden des Erblassers bezahlen. Es kann daher geschehen, daß er keinen Vortheil, sondern Schaden von der Erbschaft hat; daß er in seine eigene Tasche greifen, und mit seinem Geld des Verstorbenen Schulden bezahlen muß. Um ihn gegen diesen Nachtheil in Sicherheit zu setzen, hat der Prätor das Recht zu deliberiren, und Justinian die Rechtswohlthat des Inventariums eingeführt; (*beneficium inventarii*, *beneficium*

legis et inventarii.) Doch kann sich ein Erbe beyder zugleich nicht bedienen, sondern er muß sich eine daraus wählen (* 1).

(1) L. fin. C. de jure delib. *Rumpf* diss. de iure delib. et benef. invent. (Goett. 1777.) §. 32.

§. 548. Von der Deliberationszeit.

Das Recht zu deliberiren ist das Recht, eine gewisse Zeitlang die Beschaffenheit der Erbschaft zu untersuchen, und zu überlegen, ob es rathsam sey, sie anzutreten, oder auszuschlagen. Der Erbe, der sich dieses Rechtes bedient, ist befugt, den Zustand der Erbmasse (vires hereditatis) zu untersuchen, die Papiere des Verstorbenen einzusehen, die Erbstücke taxiren, die Gläubiger citiren zu lassen, doch nicht bey Strafe der Präclusion u. s. w.

Wie lange dauert aber das Recht zu deliberiren? Man unterscheide (nach der 36. Tabelle) folgende Fälle: 1) wenn mir eine Erbschaft zufällt, und mich niemand treibt, mich zu erklären: so kann ich binnen dreyßig Jahren antreten. Lasse ich aber diese verstreichen: so ist mein Recht auf die Erbschaft durch Verjährung verlohren (* 1). 2) Wenn der Substitut, die Intestaterben oder die Glaubiger auf eine Erklärung dringen: so muß ich binnen einem Jahre declariren, ob ich antreten oder repudiiren will. Dieses Jahr wird von dem Tag an gerechnet, da ich erfahre, daß mir die Erbschaft zugefallen sey. Während dieser Zeit kann ich überlegen, was ich thun oder lassen soll. Geht das Jahr zu Ende, und ich glaube noch mehr und länger überlegen zu müssen: so kann ich bey dem Landesherrn oder der Obrigkeit um Verlängerung der Frist bitten. Ich muß aber Gründe dieses Fristgesuchs anführen. Sind diese triftig und gehörig bewiesen: so wird mir die Frist verlängert; um viel oder wenig, nachdem die Umstände sind. Doch kann ich wenigstens eine Verlängerung von hundert Tagen verlangen. Mehr als eine Jahres Frist giebt der Landesherr nicht, und die Obrigkeit kann die Frist höchstens um 9 Monate prorogiren (* 2). 3) Erkläre ich mich binnen der ersten, oder der zweyten verlängerten Frist nicht: so haben entweder ein Substitut, oder die Intestaterben, oder die Gläubiger auf die Erklärung gedrungen. In den beyden ersten Fällen bin ich meines Erbrechts verlustig, die Erbschaft fällt dem Substituten oder den Intestaterben zu. Im letzten Fall können mich die Gläubiger nöthigen, daß ich die Erbschaft antrete (* 3). Wenn ich aber binnen der Frist ohne Erklärung sterbe: so können sich meine Erben in dem Rest des Jahrs erklären.

Man muß also, wie einige Juristen (* 4) richtig erinnern, den legalischen Termin, um den der Erbe gar nicht zu bitten braucht, und der allezeit Ein Jahr in sich faßt, von dem Zeitraum, den man vom Landesherrn oder der Obrig-

Obrigkeit bitten muß, und welcher höchstens Ein Jahr oder neun Monate dauert, wohl unterscheiden. Jeder Erbe kann ein Jahr deliberiren; ist ihm dieses noch nicht genug: so muß er um ein zweytes spatium deliberandi einkommen. Auf diese Weise läßt sich L. 19. Cod. mit der L. 22. §. 13. cit. vereinigen, und man braucht nicht mit Voetius (*5) anzunehmen, daß L. 22. der L. 19. derogire.

Nun wird sich auch erklären lassen, was *transmissio Iustinianea* ist. Wenn der Erbe binnen der legalischen oder erbetenen Deliberationsfrist stirbt: so transferirt er auf seine Erben das Recht, sich während dem Zeitrest zu erklären. Diese Transmission heißt die Justinianeische.

(1) Anderer Meynung ist *Toullieu* in diss. de luitione pignoris et rebus meae facultatis (§. 50.) seqq. in collectaneis pag. 137. Er hält die Erbesantretung für einen actum meae facultatis.

(2) L. 1. et 2. D. de iure delib. *Donell.* ad L. 22. C. de iure delib. p. m. 459.

(3) *Koch* diss. de herede deliberante, §. 8. glaubt, 1) daß in der L. 19. von keinem spatio deliberandi die Rede sey. 2) Daß dieses immer gebeten werden müsse, und höchstens 1 Jahr oder 9 Monate sey. 3) Daß, wenn der Erbe das Jahr vom Tage der Wissenschaft an verstreichen läßt, und nun getrieben wird, er keine weitere Frist bekomme, sondern sich sogleich erklären müsse.

(4) *Perez* ad Cod. tit. de iure delib. n. 2. *Molinaeus* ad Cod. ibid. p. 287. *Christinaeus* in decis. Belg. vol. 4. decis. 22. n. 2. *Menken* ad Pand. tit. de iure delib. §. 1. *Wernher* part. 7. obs. 1.

(5) Ad Pand. tit. de iure deliber. n. 2.

§. 549. Von der Wohlthat des Inventariums.

Die Rechtswohlthat des Inventariums ist das Recht, unter öffentlicher Autorität ein Verzeichniß über die Verlassenschaft verfertigen zu lassen, und alsdenn nicht mehr Schulden bezahlen zu dürfen, als aus der Erbmasse bezahlt werden können. Der Erbe, welcher sich dieser Rechtswohlthat bedient, ist also gegen allen Nachtheil völlig gesichert, noch weit besser, als durch das Recht zu deliberiren. Denn er mag deliberiren, so lange er will: so kann es doch geschehen, daß er Schaden leidet, weil sich erst nach geschehener Erbesantretung heimliche Schulden entdecken, welche das Vermögen übersteigen. Wer sich aber des beneficii legis et inventarii bedient, der waget nichts. Das Römische Recht erfordert übrigens zu einem legalen Inventarium 1) daß es binnen 30 Tagen, (von dem Augenblick an, da der Erbe den Anfall der Erbschaft vernommen hat,) zu rechnen, angefangen; 2) innerhalb den folgenden 60 Tagen, oder wenn Hindernisse vorwalten, binnen Einem Jahr, vollendet werde. 3) Daß man Tabularios dazu nehme, eine Art von Stadtrenthmeistern (*1); 4) daß die legatarii und fideicommissarii dazu vorgeladen; oder 5) wenn diese abwesend sind, drey Zeugen zugezogen werden; 6) daß der Erbe das

Inventarium unterschreibe, und den Betrag des Vermögens bemerke, oder wenn er nicht selbst schreiben kann, dieß durch einen Tabularium verrichten lasse, und nur mit eigener Hand das venerabile signum crucis, wie Justinian sagt, darunter setze.

Diese Vorschriften aber werden heutigestages nicht beobachtet; sondern die Obrigkeit, oder (wiewohl dieß selten geschieht) ein Notarius macht das Inventarium, versiegelt daher sogleich nach dem Todt des Erblassers das Vermögen (*2); resignirt gewöhnlich nach vier Wochen wieder, und stellt nun das Verzeichniß der ganzen Verlassenschaft, das heißt, der ausstehenden Schulden, der Immobilien, des baaren Geldes und der Mobilien auf; ohne die legatarios zu citiren, und ohne die übrigen Römische Erfordernisse zu beobachten (*3).

In Sachsen ist eine beschworne Privatdesignation eben so wirksam, als ein öffentliches Inventarium, das heißt, wenn der Erbe ohne Zuziehung der Obrigkeit für sich ein Verzeichniß der Erbstücke macht, und dieses beschwört: so ist er nicht verbunden, mehr Schulden zu bezahlen, als die Erbmasse vermag. Ausser Sachsen aber ist (*4) nach der richtigern Meynung eine solche Privatdesignation dazu nicht hinreichend (*5).

(1) *Car. Frid. Walch* de inventarii hereditatis forma, legibus Hamburgensibus praescripta, (Ien. 1774.) §. 7 not. a)

(2) Die Obsignation war bey den Römern nicht gewöhnlich, wird aber nach der Praxis in Deutschland zur Giltigkeit des inventarii erfordert. *Leyser* sp. 364. med. 4. 5.

(3) *Wachau* diss. de sollennitatibus et effectibus inventarii hereditatis, (Altorf. 1726.) cap. 2.

(4) Wie *Leyser* sp. 365. med. 1. *Carrach* diss. de diff. iur. rom. et germ. in benefic. separat. pag. 21. und andere glauben.

(5) *Pufendorf* tom 2. obs. 101. §. 2. *Reinharth* ad *Christin.* vol. 4. obs. 30. p. 29. sqq. Strube rechtl. Bed. 3. Theil. 314. S.

§. 550. Von der Repudiation.

Wenn jemand erklärt, daß er die ihm angefallene Erbschaft nicht haben wolle: so sagen die Römische Rechtsgelehrten: *repudiat hereditatem.* Diese Repudiation geschieht entweder durch Worte, oder durch Werke. Im ersten Fall heißt es im eigentlichen Verstande *repudiat*, im letzten *omittit.* Wer übrigens eine Erbschaft antreten kann, ist auch befugt, sie zu repudiiren, und gleichwie ich keine Erbschaft antreten kann, ehe sie mir angefallen ist, eben so kann ich sie auch nicht eher repudiiren. Wenn ich also a) noch bey Lebzeiten des Verstorbenen erklärt hätte, daß ich seine Erbschaft nicht haben möge (*1); oder b) unter einer Bedingung eingesetzt bin, und vor deren Erfüllung äussere, daß ich nicht erben wolle; oder c) während der Zeit, daß der nähere

Erbe

Erbe deliberirt, eine solche Erklärung thue, (z. E. wenn während dem, daß der Testamentserbe deliberirt, ich, der Intestaterbe, mich verlauten lasse, ich verlange die Erbschaft nicht:) so sind alle diese Aeusserungen ohne Wirkung, und ich kann dem ohngeachtet die Erbschaft antreten. Desgleichen, wie zur gestione pro herede concludente Thathandlungen erforderlich sind: so sind auch eben dergleichen zur Omißion nöthig. Das blosse Stillschweigen des Erben, wenn er einen andern im Besitz der Erbschaft läßt, ist keine Omission. Erst, wenn der Ablauf von 30 Jahren hinzukommt, ist die Erbschaft verlohren (* 2).

(1) L. 94. D. de A. vel O. H.
(2) *Leyser* sp. 372. med. 1.

TIT. XX.

DE LEGATIS.

§. 551. Uebergang zu dieser Materie.

Wir haben bisher von den Erbschaften gehandelt, welche einem aus Testamenten zufallen. In einem Testament aber wird nicht allein ein Erbe ernennt, sondern der Testator verordnet auch gewöhnlich Vermächtnisse darinn. Deswegen handeln die Verfertiger der Institutionen in gegenwärtigem Titel die Lehre von den Vermächtnissen ab.

§. 552. Was ist legatum und fideicommissum?

Was ist also ein Vermächtniß? Man bemerke, (37. Tabelle) wenn ich jemanden in einem letzten Willen etwas verlasse: so geschieht es entweder befehlsweise, (per verba *imperativa directa*, *civilia*, *pacta*; oder bittweise, verbis *precativis*, *obliquis*); das heißt, ich ersuche den, welchem ich etwas hinterlasse, einem andern etwas zu prästiren. Im letzten Fall ist ein Fideicommiß vorhanden.

Im ersten aber ernenne ich entweder einen zum allgemeinen Nachfolger (successore universali), oder nur zu einem besondern (successore singulari).

Ich ernenne einen nemlich zum allgemeinen Nachfolger, wenn ich verordne, 1) daß er mein ganzes Vermögen, oder eine *partem quotam* (* 1) mit dem iure accrescendi haben; aber auch 2) Schulden bezahlen soll. Also successor universalis ist nicht das, was man im Deutschen Universalerben nennt. Nein, wenn ich drey Erben ernenne: so ist jeder successor universalis; denn jeder bekommt partem quotam, und hat, wenn die andern wegfallen, das ius accre-

accrescendi. Hingegen successor singularis ist, wer ein *emolumentum singulare*, d. i. 1) nur eine einzelne Sache, oder mehrere einzelne Sachen, oder partem quotam der Erbschaft, oder partem quantam daraus erhält; 2) so, daß er keine Schulden daraus bezahlt, und 3) kein ius accrescendi in der Erbschaft hat; das heißt, wenn gleich ein Erbe, oder auch alle Erben wegfallen, darum doch nicht Erbe wird.

Jener, der befehlsweise ernennte successor universalis, heißt *heres directus;* dieser, der befehlsweise bestimmte successor singularis, heißt *legatarius.*

Das Fideicommiß ist dreyerley, entweder *universale*, oder *particulare*, oder *singulare.* Wenn ich meinen Erben ersuche, die ganze Erbschaft an einen andern zu restituiren: so ist es fideicommissum universale; wenn ich ihn bitte, jemanden einen partem quotam abzutreten: so ist es particulare; und wenn ich endlich bitte, eine einzelne Sache an einen andern zu überlassen: so ist es singulare. Wiewohl andere besser und dem Römischen Sprachgebrauch gemässer, nur zwey Gattungen annehmen, universale und particulare, oder singulare. Sie nennen nemlich universale fideicommissum, wenn der Erbe gebeten wird, die ganze Erbschaft, oder partem quotam zu restituiren, und particulare, oder singulare, wenn er eine einzelne Sache herausgeben soll (* 2).

Der heres directus und der legatarius sind also von einem fideicommissario leicht zu unterscheiden. Nach dem alten Römischen Recht waren sie durch ihre Namen und durch die Formeln unterschieden. Der heres directus und legatarius wurden *verbis imperativis*, der fideicommissarius aber *verbis precativis* ernennt. Nach den neuen Römischen Gesetzen fielen die Formeln weg; indessen blieben doch die verschiedne Namen heres, legatarius, fideicommissarius zur Unterscheidung noch ziemlich hinreichend. Heutigestags hat man aber weder Formeln, noch bestimmte Benennungen. Man braucht z. E. das Wort vermachen bey Erbeseinsetzungen sowohl, als bey Legaten und Fideicommissen. Auch das Wort Erbe braucht der gemeine Mann von jedem, der etwas aus der Verlassenschaft erhält. Diesem nach hat man kein Unterscheidungszeichen für die vier verschiedene Arten der letzten Willensverordnungen, als folgendes: a) Wenn jemand verordnet, daß ich seine Erbschaft ganz, oder zum Theil (partem quotam), und zwar unmittelbar aus seinen Händen erhalten soll: so bin ich heres directus. Nur in dem Fall, wenn ich einem partem quotam hinterliesse, und ausdrücklich dabey sagte, daß er es als ein Legat haben solle, würde er als Legatar anzusehen seyn.

b) Legt jemand seinem Erben auf, mir die Erbschaft ganz, oder zum Theil (partem quotam) sogleich, oder nach Verlauf einer gewissen Zeit herauszugeben: so bin ich heres fideicommissarius. c) Soll ich eine einzelne Sache,

meh-

mehrere einzelne Sachen, eine Quantität, eine Summe, dergestalt bekommen, daß sie ein anderer nicht zuvor haben soll: so bin ich legatarius. Hätte mir jemand eine einzele Sache hinterlassen, und ausdrücklich dabey erklärt, daß ich sie als Erbe, nicht als Legatar haben solle: so müßte freylich die Declaration gelten. Endlich d) wenn ich eine einzele Sache, mehrere Sachen, eine Quantität, oder eine Summe, dergestalt aus einem letzten Willen bekomme, daß sie zuvor ein anderer haben und brauchen soll: so bin ich fideicommissarius singularis. Ich sage ein anderer. Dieser andere kann auch der Erbe seyn. Wenn nemlich der Erbe die Sache eine zeitlang besitzen und gebrauchen soll, ehe sie an mich kommt: so bin ich ein fideicommissarius singularis.

Machte also Jemand folgendes Testament	So ist:
1) Den A. setze ich zu meinem Erben ein.	A. heres directus.
2) Er soll aber die Erbschaft nur lebenslang besitzen und geniessen. Nach seinem Absterben soll sie auf den B. fallen.	B. heres fideicommissarius.
3) Doch sollen alsdenn auch 1000 Rthlr. an den C. ausgezahlt werden.	C. ist fideicommissarius singularis.
4) Dem D. vermache ich mein Haus.	D. legatarius.
5) Er soll es aber gleichfalls nur lebenslänglich haben. Nach seinem Todt soll es E. bekommen.	E. fideicommissarius singularis.

Dieses vorausgesetzt, wird es leicht seyn, den Römischen Begrif des *legati*, oder Vermächtnisses zu bestimmen. Das Wort wird entweder in subjectiver, oder in objectiver Bedeutung genommen. In der ersten bedeutet es einen letzten Willen, worinn jemand durch Imperativworte zum successore singulari ernennt, oder, welches einerley ist, ihm ein emolumentum singulare hinterlassen ist, welches er unmittelbar aus den Händen des Erblassers bekommen soll. In der letzten wird das emolumentum singulare selbst, das einem durch Imperativworte in einem letzten Willen verlassen wird, legatum, Vermächtniß genennt.

(1) *Pars quota* heißt ein Theil der Erbschaft, der blos relativisch gewiß und bestimmt ist, weil sein Verhältniß zum Ganzen angegeben ist, oder, wie *Leyser* sp. 361. med. 3. sagt, pars quota est pars per divisionem determinanda. Z. E.

wenn ich sage: A. soll ein Drittel, ein Viertheil meines Vermögens haben: so bekommt er partem quotam. Pars quanta aber ist ein Theil, der absolut bestimmt ist, eine Quantität, eine Summe, z. E. B. soll ein Stück Wein, soll 1000 Rthlr. haben. Ich habe gesagt: ein Erbe bekommt die ganze Erbschaft, oder partem quotam. Oben (§. 490.) ist zwar ein Fall angeführt, wo ein Erbe weiter nichts, als eine gewisse Sache erhält; allein auch damals ist bemerkt worden, daß ein solcher Erbe ein Mittelding von Erbe und Legatar sey.

(2) *Berger* Oec. iur. lib. 2. tit. 4. th. 32. not. 2.

§. 553. Unterschied der Legate und Fideicommisse.

Nach dem alten Römischen Recht war ein grosser Unterschied zwischen legatis und fideicommissis particularibus, oder singularibus. 1) Die legata konnten nur in einem Testament, oder in Codicillen, die im Testament bestätigt waren, verlassen werden; fideicommissa aber auch in nicht bestätigten Codicillen; ja durch einen blossen Wink, wenn die Krankheit den Disponenten am Reden hindert, und er schon zuvor seinen Willen durch Worte erklärt hat (*1). 2) Die legata konnten nur in lateinischer Sprache verordnet werden, Fideicommisse auch in griechischer. Denn die legata wurden durch gewisse Formeln ausgedrückt, diese aber waren lateinisch. 3) Die legata wurden nach dem strengen Recht erklärt, die Fideicommisse nach der Billigkeit.

(1) Doch s. man *Athanas. Oteyza* et *Olano* paralipom. et elect. iur. civ. lib. 2. cap. 2. in *Meermann.* thesaur. tom. 1. p. 429.

§. 554. Vier Gattungen der Legate nach dem alten Recht.

Die legata waren von viererley Art: 1) *per vindicationem*; wenn man die Formeln brauchte: Titio do, lego; Titius sumito, capito, habeto, sibi vindicato. 2) *Per damnationem*; wenn der Testator sagte: heres damnas (das ist damnatus) esto dare; oder heres dato, facito, heredem dare, facere iubeo. 3) *Per praeceptionem*; wenn man einem Miterben etwas vor den übrigen voraus vermachte. Die Formel war: heres praecipito, praecipuam rem accipito. (§. 588. n. 10.) 4) *Sinendi modo.* Der Testirer sagte: heres finito legatarium sumere vel habere (*1).

Der Unterschied zwischen diesen Vermächtnissen war, wenn ich einem etwas per vindicationem vermachte: so wurde er Eigenthümer, und zwar dominus Quiritarius, von der Zeit der Erbschaftsantretung an, und konnte daher eine **Realklage** auf das Vermächtniß anstellen. Hatte ich einem aber etwas per damnationem, oder sinendi modo vermacht: so konnte er nur gegen den Erben eine **Personalklage** aus dem Testament anstellen. Endlich, wenn ich einem Miterben etwas per praeceptionem vermacht hatte: so konnte er auf dieses Vermächtniß die andern Miterben actione familiae herciscundae belangen. (§. 708.)

(1) *Mar-*

(1) *Martin.* Diss. lanx satura discriminis inter legatorum fideicommissorumque species quasdam obtinentium, Goett. 1787.

§. 555. Neues Recht.

In den neuen Gesetzen ist 1) der Unterschied zwischen legatis und fideicommissis singularibus aufgehoben; das heißt, sie sind zwar noch immer theoretisch unterschieden, und es giebt Fälle, wo die Frage sehr wichtig ist, ob das, was ich aus einem letzten Willen erhalten soll, ein Legat oder Fideicommiß sey; aber beyde haben einerley Rechte und Wirkungen. Ich sage, zuweilen kommt viel darauf an, zu bestimmen, ob das, was mir Jemand hinterlassen hat, ein Legat oder Fideicommiß sey. Pufendorf (*1) hat einen Fall dieser Art. Ein Testator, der ein geschickter Jurist war, sagte: wenn mein Erbe ohne Kinder sterben wird: so sollen 1000 Rthlr. an meine nächste Verwandte, die Brüder N. zurück fallen. Diese 1000 Rthlr. waren kein Legat, sondern ein Fideicommiß. Denn sie giengen erst durch die Hand des Erben, ehe sie an die Brüder N. kamen. In der Folge machte der Testator eine neue Disposition, und wiederrief alle *legata*, welche er vorher verordnet hatte. Waren hierdurch die 1000 Rthlr. den Brüdern N. auch entzogen? Nein. 2) Auch der Unterschied zwischen einem legato per vindicationem, damnationem, praeceptionem und sinendi modo hat keinen practischen Nutzen mehr. Nur in dem einzigen Fall, wenn ich einem ein genus vermache, und die Frage entsteht, wer die Wahl habe? so kommt noch etwas auf die Formel an, der sich der Testator bedient hat. Man s. den 569. §.

(1) *Pufendorf* obs. tom. 4. obs. 9. Es traten freylich noch andere besondere Umstände bey. Bey dem Oberappellationsgericht in Darmstadt kam im Jahr 1789. ebenfalls ein Fall dieser Art vor. Eine Testatricin setzte in ihrem Testament 100000 Fl. zu einem Familienfideicommiß aus, und machte verschiedene Legate. Darauf sagte sie: alle vorhin bestimmte Vermächtnisse sollen erst Ein Jahr nach meinem Todt ausbezahlt werden. War dieß auch auf das Familienfideicommiß zu ziehen? Das O. A. Gericht hat die Frage vor neinend entschieden.

(2) *Galvanus* de usufr. cap. 14. erzählt die Geschichte dieser Gleichstellung der Legate und Fideicommisse ausführlich. S. auch *Mylii* diss. historia legatorum. Lipf. 1731.

§. 556. Dreyerley Arten, ein Vermächtniß und Fideicommiß zu hinterlassen.

Daher können legata und fideicommissa singularia heutigestags auf dreyerley Art hinterlassen werden; 1) in einem Testament; 2) in Codicillen; 3) durch einen mündlichen Befehl an den Erben. Im ersten Fall sind die Erfordernisse der Testamente nöthig; im zweyten Fall müssen die Regeln der Codicille beobachtet werden; im letzten Fall sind gar keine Solennitäten erforder-

lich, sondern es ist genug, daß der Erbe bey dem Testator gegenwärtig ist, und dieser das Vermächtniß, oder Fideicommiß ihm mündlich auflegt. (§. 617.)

§. 557. Wer kann legiren?

Die Vermächtnisse und Fideicommisse stimmen mit der Erbeseinsetzung 1) darinn überein: wer ein Testament machen, und einen Erben einsetzen kann, ist auch befugt, Vermächtnisse und Fideicommisse zu hinterlassen; und 2) wer nicht testiren kann, ist auch nicht im Stand, ein Vermächtniß oder Fideicommiß anzuordnen. Das Verzeichniß der Personen, die nicht testiren können, haben wir im Titel quibus non est permissum facere testamentum erhalten. Alles dort gesagte ist also hier zu wiederholen.

§. 558. Wem kann legirt werden?

3) Wer im Testament nicht zum Erben ernennt werden kann, der kann auch keine Vermächtnisse und fideicommissa singularia erhalten. Was oben (§. 482. u. f. f.) von der Erbfähigkeit, und den verschiedenen Zeitpuncten, wo sie vorhanden seyn muß, angeführt worden ist, gilt auch hier. Ein einziges Vermächtniß ist ausgenommen, das Vermächtniß der Alimente. Denn dieses kann auch solchen Personen hinterlassen werden, die man nicht zu Erben einsetzen kann. Z. E. ein Ketzer kann nicht zum Erben ernennt werden, aber die nothdürftige Alimente kann man ihm vermachen. Denn die Gesetzgeber sind doch so tolerant, daß sie auch keinen Ketzer wollen Hungers sterben lassen. Alle Personen, welche Erben seyn können, können auch Vermächtnisse erhalten; also 4) auch ungewisse Personen, wenn sich, wie oben (§. 485.) schon gesagt ist, die Ungewißheit nur heben läßt. 5) Die Armen. 6) Städte. 7) Erlaubte Collegia. 8) Ein posthumus alienus. Nach den alten Römischen Gesetzen gieng dieß nicht an. (§. 487.) 10) Unnütz ist das Vermächtniß, welches ich dem Sklaven meines Erben vermache. Denn der Sklav kann nichts eignes haben; das Vermächtniß fällt also wieder auf den Erben zurück. Nur alsdenn ist es wirksam, wenn ich dem Sklaven des Erben auf den Fall, daß er freygelassen wird, etwas vermache.

Aus gleichen Gründen wäre auch ein Vermächtniß unnütz, das ich meinem Universalerben hinterlassen wollte. Denn er bekommt ja ohnehin die ganze Erbschaft. Wenn ich aber mehrere Personen einsetze, und einer derselben etwas zum voraus vermache: so ist das Vermächtniß nützlich, es heißt *praelegatum*.

Von diesen praelegatis ist der wichtige und folgenreiche Satz zu bemerken: der Miterbe bekommt nur einen Theil des Prälegats als Legatar, den andern Theil bekommt er als Erbe. Einen eben so großen Theil, als er von

der

der Erbschaft erhält, bekommt er auch als Erbe vom Prälegat. Z. E. Wenn drey Miterben, jeder auf ein Drittheil, eingesetzt sind, und einem von ihnen, dem A. 600 Rthlr. prälegirt werden: so bekommt er nur $\frac{2}{3}$, also 400 Rthlr. als Legatar; $\frac{1}{3}$, oder 200 Rthlr. behält er als Erbe. Die 400 Rthlr. nemlich werden ihm von seinen Miterben bezahlt; diese sind also ein wahres und giltiges Legat. Hingegen die übrige 200 Rthlr. müßte er sich selbst bezahlen, sie sind ein legatum heredi a se ipso relictum. Dieses aber ist ungereimt; A. zahlt sich also diese 200 Rthlr. nicht als ein Legat aus, sondern behält sie als Erbe (*1). Doch ist diese Regel nur von dem Fall zu verstehen, wenn das Prälegat einem Miterben aus der ganzen Erbschaft verlassen ist. Denn, wenn ein Miterbe von seiner Erbportion dem andern Miterben das Prälegat auszahlen soll, z. E. es heißt: A und B sollen meine Erben seyn, A aber soll von seinem Theil 100 Rthlr. an den B abgeben: so bekommt der Miterbe B das ganze Prälegat als legatarius (*2).

(1) L. 18. §. ult. ad SCt. Trebell. L. 91. D. ad L. Falcid.
(2) *Hert.* diss. de praelegat. §. 14. in opusc. vol. 1. part. 3. p. 215. *Voorda* interpret. lib. 2. cap. 5.

§. 559. Wem kann ein Legat auferlegt werden?

Jeder, der etwas aus meiner Verlassenschaft erhält, kann auch mit legatis und fideicommissis beschwert werden; also nicht nur der Erbe, sondern auch der legatarius und fideicommissarius, und deren Erben; das heißt, ich kann einem ein Vermächtniß hinterlassen, und ihm befehlen, daß er, oder seine Erben wieder etwas an einen andern bezahlen soll; z. E. ich kann sagen: A. soll mein Landgut haben, aber an meine Wittwe ein Vermächtniß von 1000 Rthlr. bezahlen. Nach dem alten Römischen Recht konnte man nur den fideicommissariis dergleichen aufgeben, nicht den legatariis. Nur versteht sichs von selbst, daß der Werth dessen, was ich einem vermache, mehr betragen muß, als das, was er abgeben soll. Z. E. das Landgut muß mehr als 1000 Rthlr. werth seyn, sonst wird es der legatarius nicht annehmen. Nimmt er es an: so muß er die 1000 Rthlr. bezahlen, wenn gleich das Landgut soviel nicht werth ist. Auch muß ich keinem eine Sache vermachen, die schon sein ist. Der Fall wird sich nicht leicht zutragen, doch ist er möglich. Man stelle sich z. E. vor, daß A. ein Haus miethsweise bewohnt, daß er es nachher kauft, daß ich, ohne von diesem Kauf etwas zu wissen, ein Testament mache, und meinem Erben aufgebe, es für den A. zu kaufen. Ein solches Vermächtniß ist ohne allen Nutzen. Der legatarius kann weder die Sache selbst, denn diese ist schon sein, noch den Werth derselben verlangen. Auch selbst alsdenn bleibt das Vermächtnis ungiltig, wenn A. sein Haus nachher wieder verkauft; denn

ein Vermächtniß, das von Anfang nicht gilt, kann vermöge der Catonianischen Regel nie giltig werden. (§. 482.) Ein anders ist zu behaupten, wenn ich einem eine Sache auf den Fall, unter der Bedingung vermache, wofern er sie alieniren wird. Z. E. ich sage im Testament: weil ich fürchte, daß den A. seine Schulden nöthigen werden, sein Haus zu verkaufen: so will ich, daß im Fall dieses wirklich geschieht, mein Erbe das Haus wieder kaufen, und dem A. überliefern soll. Dieses Vermächtniß ist giltig. Denn die Catonianische Regel gilt bey bedingten Vermächtnissen nicht.

§. 560. Welche Sachen können legirt werden?

Alle Sachen, die schon existiren, oder in Zukunft existiren können, sind ein Gegenstand der Vermächtnisse; sie mögen körperlich oder unkörperlich seyn. Ich kann einem also die Jagdgerechtigkeit, das Zehendrecht, eine Summe Geld, ausstehende Schulden, und jede andere unkörperliche Sache (§. 340.) vermachen. Nur muß die Sache in commercio legatarii, das heißt, er muß berechtigt seyn, sie zu acquiriren und zu alieniren. Allein, kann er denn, wenn die Sache nicht in seinem commercio ist, nicht die Aestimation fordern? Man distinguire, entweder ist die Sache überhaupt nicht in commercio, oder nur in commercio des legatarii nicht. Im ersten Fall kann der legatarius gar nichts fordern, z. E. wenn ich einem den öffentlichen Marktplatz, das Rathhaus, einen gemeinen Wald vermachte. Wie aber, wenn andere die Sache an sich bringen können, und nur der legatatius dazu nicht befugt ist? Z. E. in den meisten deutschen Provinzen können die Juden keine liegende Güter besitzen; was ist also Rechtens, wenn ich einem Juden dergleichen vermache? Viele Juristen (*1) glauben, daß auch in diesem Fall der legatarius den Werth nicht fordern könne; aber Beaufin und Püttmann (*2) haben das Gegentheil bewiesen.

(1) *Otto* ad §. 4. I. h. t. *Maiansius* disp. iur. tom. 1. pag. 351. *Cocceii* iur. controv. h. t. qu. 14. *Walch* controvers. p. 190. sqq.

(2) *Beaufin* disp. ad L. 40. de legat. I. in *B. Branchu* observat. ad ius rom. pag. 197. sqq. *Püttmann* adversar. lib. 1. cap. 3. S. auch *Reinharth* ad *Christin.* vol. 1. obs. 64.

§. 561. Auch zukünftige Sachen können vermacht werden.

Daß die vermachte Sache schon wirklich existire, ist nicht erforderlich. Ich kann einem auch etwas vermachen, das künftighin erst existiren wird; z. E. den Wein, das Getreide, das auf meinen Ländereyen im künftigen Jahr wachsen, das Kind, das meine Sklavin gebähren, die Ausbeute, die künftig aus meinem Bergwerk gewonnen wird.

Wenn Jemand einem Früchte aus einem gewissen Gut vermacht, z. E.

Wein

Wein aus seinem Weinberg, und in diesem nichts wächst, oder nicht soviel, als das Vermächtniß beträgt; also die Frage entsteht: ob der Legatar die Früchte nicht anderwärts her verlangen könne? so kommt es darauf an, ob die Absicht des Erblassers dahin gieng, daß der Legatar nur aus diesem Gut die Früchte erhalten sollte, ob, wie es in der L. 5. de trit. vin. ol. heißt, das Gut *taxationis causa* genennt ist, oder ob seine Willensmeynung war, daß allenfalls auch die Früchte anderwärts her genommen, und dem Legatar geliefert werden sollten, ob das Gut, wie man sagt, nur *demonstrationis causa* angeführt ist. Hat er seine Absicht deutlich erklärt: so ist kein Streit. Ist dieß aber nicht geschehen: so muß man zusehen, ob nicht aus den Worten, deren sich der Testator bedient hat, seine Absicht mit Wahrscheinlichkeit geschlossen werden kann. Hat er gesagt: ich vermache dem A ein Stück Wein aus meinem Weinberg, oder: ich vermache dem A ein Stück Wein, von dem, welcher in diesem Jahr in meinem Weinberg gezogen wird; oder: ich vermache ein Stück Wein, welches aus dem dießjährigen Gewächs meines Weinberges genommen werden soll: so ist zu glauben, daß das Legat nur aus dem Weinberg des Testators, und zwar von dem Gewächs des genannten Jahres, nicht anderwärts her geleistet werden solle. Hieße es aber: ich vermache ꝛc. welches aus dem dießjährigen Ertrag meines Weinberges genommen werden kann: so müßte man das Gegentheil behaupten. Darauf, ob das Gut und die legirte Sache in Einem, oder in verschiedenen Sätzen genennt sind, kommt es wohl allein nicht an (* 1).

(1) L. 5. cit. de trit. vin. ol. sagt: cum certus numerus amphorarum vini legatus esset, *ex eo, quod in fundo Semproniano natum esset*, et minus natum esset, non amplius deberi placuit; et quasi taxationis vicem obtinere haec verba, *quod natum erit*. Ein anderes Exempel giebt L. 26. D. quando dies legat. Firmio Heliodoro fratri meo dari volo quinquaginta ex reditu praediorum meorum futuri anni. Hier sind zwey Fragen; 1) Kann der Legatar das Vermächtniß auch anderwärts her, als aus den Einkünften der Güter fordern? 2) wenn in dem ersten Jahre nach des Testators Tod die Güter keine 50 eintragen, ist das Legat aus den Einkünften der folgenden Jahre zu ergänzen? Die erste beantwortet sich von selbst mit Nein. Auf die zweyte aber antwortet Papinian: postea (besser propterea) non videri conditionem additam, sed tempus solvendae pecuniae prolatum videri, respondi. Das Vermächtniß ist nicht als ein bedingtes anzusehen; es ist nicht, als ob der Testator gesagt hätte, ich vermache meinem Bruder 50, **wofern meine Güter in Einem Jahr soviel eintragen**, sondern der Bruder bekommt im ersten Jahr soviel, als die Güter ertragen, mit dem Rest muß er warten. Der Testator hat ja gesagt: *futuri* anni. Unter diesem Ausdruck ist nicht gerade das erste Jahr nach seinem Todt, sondern auch das zweyte ꝛc. begriffen. Fructibus, fährt der Jurist fort, fini relictae pecuniae non perceptis, ubertatem esse necessariam anni secundi. Wenn

im

im ersten Jahr soviel Früchte nicht einkommen, als zu Abtragung des Vermächtnisses nöthig sind: so muß man das folgende Jahr dazu nehmen. Daß übrigens Papinians letzte Worte dunkel sind, empfindet man ohne mein Erinnern. Haloander macht nach seiner Gewohnheit alles deutlich, denn er liest: et ex fructibus fundi, relicta pecunia non percepta. Allein die gemeine Lesart ist vorzuziehen; denn fini heißt oft soviel, als usque ad concurrentem quantitatem, *Brisson.* de V. S. voce finis, ibique *Heinecc.* S. auch *Averan.* interpret. lib. 2. cap. 27.

§. 262. Und fremde Dinge.

Nicht nur Sachen, die mein eigen sind, sondern auch fremde kann ich vermachen. Wenn ich einem nemlich eine Sache legire, die nicht mein gehört: so weiß ich entweder, daß sie einem ander gehöre, oder nicht. Es kann seyn, daß eine Sache unter den Meinigen ist, daß ich geglaubt habe, sie gehöre mein; in dieser Meynung sie vermache; sich nach meinem Todt aber zeigt, daß sie einem andern gehört. In diesem Fall gilt das legatum nicht. Denn es ist zu vermuthen, wie Justinian im §. 4. h. t. sagt, daß ich die Sache nicht würde legirt haben, wenn ich gewußt hätte, daß sie nicht mein ist. Entsteht übrigens Zweifel, ob ich dieß gewußt habe, oder nicht: so muß der legatarius den Beweis der Wissenschaft führen. Denn jede Wissenschaft ist, wie die Juristen reden, facti; facta aber werden nicht präsumirt, sie müssen erwiesen werden. Wie aber, wenn ich gewußt habe, daß die Sache einem andern gehöre, und sie doch vermache? Z. E. A. bewohnt ein Haus als Miethsmann, das dem B. eigen ist. Ich vermache es dem A. In diesem Fall ist das Vermächtniß giltig. Mein Erbe nemlich muß das Haus kaufen, und es dem Legatar übergeben. Ist es aber dem Eigenthümer nicht feil, oder hält er es zu hoch: so muß der Erbe dem Legatar den Werth bezahlen. Noch ein Fall ist zu überlegen übrig. Ich vermache einem eine Sache, die nicht mein gehört: ehe ich sterbe, bringt er sie an sich; z. E. nachdem ich dem A. das Haus vermacht habe, acquirirt er es eigenthümlich. Hier ist zu distinguiren: entweder erhält er es umsonst, (titulo lucrativo adquirit;) es wird ihm z. E. geschenkt; oder er erlegt den Werth dafür, (titulo oneroso adquirit;) er kauft es z. E. oder bekommt es durch Tausch. Wenn er es titulo lucrativo erhalten hat: so kann er von meinem Erben nichts weiter verlangen; denn meine Absicht war, er sollte es umsonst bekommen, und diese ist erfüllt. Dieß drücken die Juristen durch die Regel aus: duae causae lucrativae in eundem hominem, et eandem rem concurrere non possunt. Bringt er es hingegen onerose an sich: so kann er von meinem Erben die Erstattung des Werthes fordern. Denn meine Absicht ist, er soll es eigen und umsonst haben. Der erste Theil dieser Absicht ist erreicht, aber der letzte noch nicht.

§. 563. Desgleichen unkörperliche. Vom legato nominis und liberationis.

Wir haben im §. 560. gehört, daß auch unkörperliche Sachen legirt werden können. Dergleichen Vermächtnisse sind: *legatum nominis*, *liberationis* und *debiti*. (S. die 38. Tabelle.) Wenn ich nemlich einem eine Schuldforderung vermache: so ist es entweder a) eine Activ- oder b) eine Passivschuld; eine Activschuld, wenn ich das vermache, was ich zu fordern habe; Passivschuld, wenn ich legire, was ich zu bezahlen habe. Im ersten Fall legire ich entweder einem das, was ich an ihn selbst zu fordern habe, (legatum liberationis) oder was mir ein Dritter schuldig ist, (legatum nominis). Gesetzt also A. ist mir 1000 Rthlr. schuldig; ich sage in meinem Testament: die 1000 Rthlr, welche mir A. schuldig ist, sollen ihm hiermit vermacht, und er also von dieser Schuld frey seyn. Dieß ist ein legatum liberationis. Hingegen wenn ich sage: die 1000 Rthlr, welche ich in der Londner Bank stehen habe, vermache ich dem A: so ist es legatum nominis. Wenn ich jemanden eine Passivschuld legire: so vermache ich ihm entweder das, was ich ihm selbst, oder das, was ich einem Dritten schuldig bin. Das letzte Vermächtniß wäre ungereimt. Wenn ich einem aber das vermache, was ich ihm selbst schuldig bin: so heißt es *legatum debiti*, und dieses hat zuweilen seinen Nutzen, wie der folgende §. zeigt. Wir kehren zum legato nominis zurück. Wenn ich einem das vermache, was mir ein Dritter, z. E. 1000 Rthlr, die mir A. schuldig ist: so kann der legatarius von meinem Erben fordern, daß er ihm *actiones* cedire; das heißt, daß er ihm eine Vollmacht gebe, die 1000 Rthlr. von dem A. einzufordern. (§. 991.) Ohne eine solche Cession kann nach dem alten Römischen Recht der legatarius gegen den Schuldner A. nicht klagen. Denn Personalklagen kann nur der anstellen, der sie zuerst acquirirt hat, und sein Erbe, weil er mit dem Verstorbenen Eine Person ist. Nach den neuern Gesetzen aber ist die Cession nicht nöthig. Der Legatar kann auch ohne sie gegen den Schuldner klagen. (§. 1091.)

Das legatum liberationis hat die Wirkung, a) daß der Erbe schuldig ist, dem legatario seinen Schuldschein zurückzugeben; b) daß, wenn der Erbe den Legatar auf die Schuld belangen wollte, dieser ihm exceptionem doli entgegen setzen könnte. Also nach dem subtilen und strengen Römischen Recht kann der Erbe den Legatar auf die Schuld belangen, ob der Testator sie gleich durch das Vermächtniß erlassen hat. Weil aber dieses strenge Recht gegen alle Vernunft und Billigkeit ist: so hat man dem Legatar die exceptionem doli verstattet.

Noch ist die Frage übrig: was ist Rechtens, wenn dem Testirer die legirte Activschuld abgetragen wird, geht dadurch das Vermächtniß zu Grund? Z. E. ich vermache dem A. die 1000 Rthlr, die er mir schuldig ist, vor mei-

nem Absterben aber legt er das Capital ab. Oder ich vermache einem die 1000 Rthlr, die ich in der Londner Bank stehen habe, und ehe ich sterbe, nehme ich das Capital heraus. Kann der Legatar demungeachtet das Vermächtniß fordern? Man distinguire: entweder kündige ich die Schuld auf, oder der Schuldner legt sie freywillig ab. Im letzten Fall ist das Vermächtniß nicht aufgehoben. Im ersten aber habe ich entweder aus Noth die Schuld aufgekündigt, weil ich das Geld brauchte; oder ohne Noth. Wenn ich aus Noth aufkündige: so bleibt das Vermächtniß giltig; habe ich es aber ohne Noth gethan: so ist das Legat stillschweigends revocirt. Man glaubt, daß ich die Schuld *animo adimendi legatum*, d. i. in der Absicht aufgekündigt habe, um das Vermächtniß ungiltig zu machen.

§. 564. Vom legato debiti.

Wenn das legatum debiti von Wirkung seyn soll: so muß der Legatar Vortheil daraus ziehen können (plus sit in legato, quam in debito). Denn kann er dieß nicht: so ist das Vermächtniß unnütz. Der Vortheil kann von verschiedener Art seyn. 1) Wenn der Erblasser etwas nur bedingt, (sub conditione) oder nach einer Zeit (ex die) schuldig war, und er vermacht mir es ohne Bedingung (pure) und sogleich: so ist der Vortheil offenbar. 2) Kann er darinn liegen, daß ich durch das Legat eine Hypothek bekomme, da meine Forderung blos personal war. Z. E. wenn die Schuld aus einem Darlehen, das der Erblasser von mir bekommen hat, herrührt: so giebt sie mir ihrer Natur nach blos eine Personalklage gegen den Erblasser und seine Erben, keine Realklage gegen jeden Besitzer. Vermacht mir aber der Erblasser die Schuld: so bekomme ich eine Hypothek, also ein dingliches Recht und eine dingliche Klage. Denn jeder Legatar hat eine Hypothek auf des Erblassers Vermögen. (§. 719.) 3) Wenn ich meine Forderung nicht erweisen, und der Erbe mir sie daher bezweifeln konnte: so hat das legatum debiti den grossen Nutzen, daß ich nun statt des Beweises mich auf das Testament beziehen, und vermöge dieses die legirte Summe fordern kann. Gesetzt auch, ich hätte gar nichts zu fordern gehabt: so kann ich dennoch die legirte Summe verlangen. Denn genug, der Testator hat sie mir vermacht, und also gewollt, daß sie mir ausbezahlt werde. Nur muß, wenn das legatum debiti diesen dritten Nutzen haben soll, im Testament eine gewisse Summe ausgedrückt seyn. Z. E. die 1000 Rthlr, die mir A. schuldig ist, vermache ich ihm. Heißt es hingegen nur überhaupt: das, was mir A. schuldig ist, vermache ich ihm, so fällt dieser Vortheil weg. 4) Wenn ich nur eine actionem stricti iuris wegen meiner Forderung hatte: so bekomme ich durch das Legat eine actionem bonae fidei. Wie diese beyde Arten von Klagen unterschieden sind, wird sich

§. 1128. u. f. f. zeigen. Da heutigestags alle Klagen bonae fidei actiones sind: so hat in dieser Rücksicht das legatum debiti keinen Nutzen.

§. 465. Vom praelegato dotis.

Wenn ich eine Brautgabe vermache: so geht daß Vermächtniß entweder auf meine Ehefrau, oder auf eine andere Person. Vermache ich meiner Ehefrau den von ihr mir zugebrachten Brautschatz: so heißt es *praelegatum dotis*. Setze ich aber einer andern Weibsperson eine Brautgabe aus: so heißt es *legatum dotis*. Das letzte setzt die stillschweigende Bedingung voraus, daß die legataria heyrathet. Erfolgt dieß nicht: so kann sie auch, der Regel nach, das Vermächtniß nicht fordern (* 1). Das praelegatum dotis scheint bey dem ersten Anblick ohne Nutzen zu seyn; denn die Ehefrau kann ihre Brautgabe zurück fordern, wenn sie ihr auch nicht vermacht ist. Indessen ist es doch zuweilen sehr vortheilhaft. Denn 1) dient es der Wittwe dazu, daß sie die Brautgabe sogleich nach des Mannes Todt zurück verlangen kann, da sie ausserdem, wenn die Brautgabe in Mobilien und baarem Gelde besteht, ein Jahrlang (§. 133.) warten müßte. 2) Daß die Erben des Mannes die Unkosten, welche er auf die Dotalsachen verwendet hat, z. E. auf die Reparatur der Dotalgebäude, nicht anrechnen, und von der Wittwe vergütet fordern können. 3) Wenn der Testator eine gewisse Summe angegeben hat, z. E. ich vermache meiner Frau die 1000 Rthlr, die sie mir zugebracht: so ist die Wittwe nicht schuldig, die Illation dieser Summe zu beweisen; das heißt, nicht schuldig zu beweisen, daß sie wirklich ihrem Mann so viel zugebracht habe; sondern die Erben des Mannes sind ihr die benannte Summe zu bezahlen schuldig, wenn sie auch nichts zugebracht hätte. Ich sage die Erben des Mannes; denn wenn über dessen Vermögen ein Concurs entsteht, und die Wittwe ihr Eingebrachtes aus der Masse fordert: so ist das im Testament enthaltene Geständniß des Mannes zum Beweiß gegen die andern Gläubiger nicht hinreichend.

(1) Dieß ist die gemeine Meynung. Man sehe *Stryk* caut. testam. cap. 20. §. 35. *Lauterb.* Coll. th. pr. tit. de dote praeleg. §. 5. *Voet.* ibid. n. 5. das Gegentheil behaupten *Nettelbladt* in diss. de legato dotis constituendae, §. 15. sqq. *Walch* controvers. pag. 193.

§. 566. Vom legato speciei, partitionis, quantitatis und generis.

Die Vermächtnisse sind in Rücksicht auf ihren Gegenstand mancherley; entweder legata *speciei*, oder *partitionis*, oder *generis*, oder *quantitatis*. Species heißt bey den Juristen, was bey den Philosophen individuum ist, eine völlig bestimmte und existirende Sache. Z. E. dieses Haus, worinn ich wohne, dieser Tisch, der vor mir steht, sind species. Genus heißt bey den Juristen das, was die Philosophen speciem nennen, eine Aehnlichkeit der einzelnen

Dinge (similitudo individuorum). Wenn man z. E. mehrere wirklich existirende Menschen mit einander vergleicht: so findet man, daß sie alle in gewissen Stücken übereinstimmen; diese Uebereinstimmung heißt ein genus, das genus Mensch. Ist das genus durch Zahl, Maaß oder Gewicht bestimmt: so heißt es *quantitas*. Wenn ich einem also dieses Haus, diesen Tisch vermache: so ist es legatum speciei. Vermache ich aber einem ein Reitpferd, eine goldne Sackuhr, kein bestimmtes Pferd, keine bestimmte Sackuhr: so ist es legatum generis. Endlich ein legatum quantitatis ist es, wenn ich einem ein Stück Wein, ein Gespann Pferde, 1000 Rthlr. vermache. Was *pars quota* der Erbschaft sey, ist schon bey dem 552. §. erklärt worden.

§. 567. Was ist bey dem legato speciei Rechtens?

1) Von dem legato speciei ist zu bemerken, daß, wenn die legirte species durch einen Zufall zu Grund gehet, z. E. das mir vermachte Haus abbrennt, das mir vermachte Pferd crepirt, der legatarius den Schaden tragen muß. Ich sage, durch einen Zufall; denn wenn es durch die Schuld des Erben geschieht, und wenn er nur die mindeste Schuld hat (*1): so muß er dafür haften. Auch wenn er in mora ist, das heißt, die legirte Sache nicht zu rechter Zeit dem legatario prästiret, und dieser Verzug zu dem Untergang der Sache beyträgt: so muß er den Schaden ersetzen (*2).

2) Wie aber, wenn ich einem zwey bestimmte Sachen (species) vermache, und eine zu Grunde geht? Man distinguire: entweder a) sind sie beyde res principales, oder b) eine ist ein accessorium von der andern. Im ersten Fall kann der Legatar die noch übrige Sache fordern. Im letzten Fall aber ist entweder die Principalsache zu Grunde gegangen, hier kann der Legatar die accessorische Sache nicht verlangen; oder die accessorische Sache ist verlohren gegangen; alsdenn kann der Legatar doch die Principalsache noch fordern. Wenn ich einem z. E. meine zwey Reitpferde vermache, und eines davon crepirt: so gebührt dem Legatar doch das andere. Vermache in einem ein Reitpferd mit Sattel und Zeug, und das Pferd crepirt: so kann er auf Sattel und Zeug keinen Anspruch machen. Wenn hingegen dieses letzte durch Zufall, z. B. Diebstahl verlohren geht: so behält doch der Legatar sein Recht auf das Pferd.

Wenn ich 3) eine universitatem rerum, einen Inbegrif von mehreren Sachen, die einen gemeinschaftlichen Namen führen, (§. 278.) z. E. eine Bibliothek, eine Heerde Vieh vermache, und diese universitas einen Zuwachs bekommt: so ist dieß ein Vortheil für den Legatar. Wenn aber die universitas vermindert wird: so muß er auch den Schaden tragen. Wenn also die Heerde Schafe durch Lämmer vermehrt wird; so gehören sie dem Legatar.

Crepi-

Crepiren aber alle Schafe bis auf Eins: so gehört ihm auch dieses, ob es gleich keine Heerde ausmacht. Ein anderes ist bey dem usufructu gregis Rechtens. Wenn ich einem nemlich den Nießbrauch von einer Heerde vermache, und diese bis auf Ein Stück crepirt: so kann der Legatar von diesem Stücke den Nießbrauch nicht verlangen.

(1) Denn es heißt in der L. 47. §. 5. D. de legat. I. culpa autem qualiter sit aestimanda, videamus. An non solum ea, quae dolo proxima, verum etiam ea, quae levis est. *An numquid et diligentia quoque exigenda est ab herede? Quod verius est.* Ein anderes ist zu behaupten, wenn ein legatarius oder fideicommissarius singularis mit einem Legat oder Fideicommiß beschwert ist. *Voet.* ad Pand. tit. de legat. n. 50. *Cocceji* iur. controv. eod. tit. qu. 25. Uebrigens ist diese Materie controvers, und nicht alle Juristen nehmen die hier vorgetragene Sätze an. S. *Müller* ad *Struv.* Ex. 35. th. 21. lit. α.

(2) L. 23. D. de V. O. Eine ganz befriedigende Ursache dieser Verschiedenheit weis ich nicht. Man s. davon *Vinn.* ad §. 3. I. de usufr. *Maians.* ad XXX. fragmenta ICtor. tom. 1. p. 254. sqq.

§. 568. Vom legato partitionis.

Eine besondere Art von Vermächtnissen ist das *legatum partitionis*, wenn ich einen partem quotam der Erbschaft oder meines Vermögens, (*partem hereditatis sive bonorum*) z. E. die Hälfte, ein Drittel, ein Viertel vermache. Man nennt einen solchen Legatar partiarium. Dieser Legatar sieht einem Erben sehr ähnlich, weil er einen Theil der Erbschaft, wie ein Miterbe bekommt. Aber er ist doch kein Erbe. Denn a) er hat kein ius accrescendi, wenn ein Miterbe wegfällt, das heißt: nicht erben mag, oder nicht kann. Wenn nur Ein Erbe eingesetzt ist, und dieser wegfällt, oder wenn alle eingesetzte Miterben wegfallen, daß also das Testament destituirt wird: so bekommt der legatarius partiarius gar nichts. b) Er ist kein successor iuris, er trit nicht in die Rechte des Verstorbenen ein, er kann die actiones hereditarias nicht anstellen, die Schuldner des Erblassers nicht belangen. Dieß thut allein der Erbe. Auch die Gläubiger des Verstorbenen können gegen ihn nicht klagen; sie müssen sich allein an den Erben halten. Weil indessen die Erbschaft, und folglich auch die legirte pars quota durch die eingehenden Activschulden vermehrt, durch die Zahlung der Passivschulden hingegen vermindert wird: so ist jener Zuwachs ein Vortheil für den Legatar, und dieser Abgang ein Schade für ihn. Daher leisteten der Erbe und ein legatarius partiarius einander wechselsweis Caution. Der Erbe cavirte, daß, wenn noch Activschulden eingehen würden, der Legatar seinen Antheil davon haben sollte: und der Legatar cavirte, daß, wenn sich noch Passivschulden entdecken würden, er seinen Antheil daran bezahlen wolle. Diese Cautionen hiessen stipulationes partis et pro parte.

Schon zu Justinians Zeiten war das legatum partitionis nicht mehr gewöhnlich. Die Ursache nemlich, warum dieses legatum aufkam, waren die Sacra privata. Ein jeder Römer hatte seinen besondern Haus- und Privatgottesdienst. Wer der Erbe meines Vermögens wurde, mußte auch meine Sacra privata fortsetzen. Dieß war aber dem Erben, weil es Kosten machte, lästig. Wenn also ein Erblasser jemand einen Theil der Erbschaft hinterlassen, und ihn von jener Last befreyen wollte: so setzte er ihn nicht zum Erben ein, sondern hinterließ ihm ein legatum partitionis, *ne Sacris alligaretur*, wie Cicero (*1) sagt. Mit Einführung der christlichen Religion fielen die Sacra privata, folglich auch die Veranlassung zum legato partitionis weg (*2). Uebrigens war es wohl Niemanden verwehrt, noch immer ein legatum partitionis zu verlassen. Heutigestags wird diese Art von Vermächtnissen noch weniger vorkommen. Wenn bey uns ein Testator sagt: er vermache mir die Hälfte, ein Drittel, ein Viertel u. s. w. seines Vermögens: so werde ich als Erbe angesehen, habe also das ius accrescendi in der Erbschaft, kann klagen und belangt werden, die Cautionen fallen weg. Denn im gemeinen Leben heißt vermachen so viel, als zum Erben einsetzen. (§. 552.) Hätte indessen der Testator dabey erklärt, daß ich kein Erbe, sondern legatarius seyn sollte: so würde das Römische Recht gelten (*3).

(1) *Cicero* de leg. lib. 2. cap. 20.
(2) *d'Arnaud* var. coniectur. lib. 2. cap. 1. et 2.
(3) Man sehe von dieser Art der Vermächtnisse auch *Chiflet* tr. de fideicommiss. lib. 2. cap. 4. in thesaur. Otton. tom. V. pag. 789.

§. 569. Vom legato generis.

Das legatum generis ist zuweilen nützlich, zuweilen unnütz. Unnütz ist es, wenn das genus so allgemein ist, daß es Dinge unter sich begreift, die dem Legatar nicht dienen; so weitläuftig, daß der Erbe dem Legatar etwas geben könnte, was gar keinen Werth hat. So würde es z. E. ein unnützes legatum generis seyn, wenn ich einem ein Thier, einen Körper, ein Ding vermachen wollte. Nützlich aber ist dieses Vermächtniß, wenn das genus nicht so allgemein ist; z. E. wenn ich einem ein Reitpferd, ein Wohnhaus, einen Garten vermache. Denn auch ein schlechtes Reitpferd, ein schlechtes Wohnhaus, ein schlechter Garten hat doch einigen Werth. 2) Wer hat aber die Wahl bey diesem Vermächtniß, der Erbe oder Legatar? Man distinguire: entweder hat der Disponent ausdrücklich erklärt, wer die Wahl haben soll, der Erbe oder der Legatar, oder nicht. Ist jenes: so ist die Sache für sich klar. Wenn es nemlich heißt: ich vermache dem A. eine Sackuhr, und es soll von meinem Erben abhängen, was er für eine geben will: so kann er eine

von

von der schlechtesten Art geben. Ist dem Legatar die Wahl ausdrücklich gegeben: so kann er die beste wählen. (S. den folgenden §.) Hat der Erblasser aber nicht ausdrücklich gesagt, wer wählen solle, so vermacht er einem entweder ein genus von Dingen, dergleichen in der Erbschaft sind, z. E. eins von seinen Reitpferden, oder von solchen Dingen, die sich nicht darinn befinden, z. E. er vermacht einem ein Reitpferd, hinterläßt aber dergleichen nicht. Im letzten Fall wählt der Erbe, doch muß er kein individuum von der schlechtesten Gattung geben (*1). Im ersten aber kommt es darauf an, an wen der Testator die Worte gerichtet hat. Hat er a) gesagt: mein Erbe soll dem A. eins von meinen Büchern geben: so wählt der Erbe; er darf aber nicht das schlechteste geben. Heißt es aber b) A. soll eins aus meinen Büchern haben, nehmen: so wählt der Legatar, nur darf er nicht das beste nehmen. Sind endlich c) die Worte an keinen von beyden gerichtet, z. E. ich vermache dem A. eins von meinen Büchern: so wählt ebenfalls der Legatar (*2); aber das beste Buch darf er auch jetzt nicht aussuchen (*3).

(1) *Gebauer* diss. de opt. legat. §. 3. in opusc. tom. 1. p. 424.

(2) L. 11. pr. D. de leg. I. §. 22. I. h. t. wo es heißt: si generaliter servus vel res alia legatur, electio legatarii est, nisi aliad testator dixerit. *Lauterb.* Coll. th. pr. tit. de optione legat. §. 35. *Hert.* diss. de electione ex obligatione alternativa, sect. 3. §. 6. Gmelin und Elsässers gemeinnützige juristische Beobachtungen 1. Band 167. u. f. f. Seite. *Glück* Opusc. fascic. 1. p. 233.

(3) Anderer Meynung ist *Gebauer* l. c. §. 2. Er glaubt, daß in den Fällen b) und c) der Legatar das beste nehmen, und im Fall a) der Erbe das schlechteste geben dürfe. Aber L. 37. pr. de legat. I. ist zu deutlich für uns.

§. 570. Vom legato optionis.

Wenn dem Legatar die Wahl vom Testator ausdrücklich verstattet ist; z. E. A. soll eines von meinen Büchern haben, und zwar das, welches er sich aussuchen wird: so heißt es legatum optionis, oder electionis, und nun kann sich, wie gesagt, der Legatar auch das beste wählen. Nach dem alten Römischen Recht mußte er aber in eigner Person wählen; starb er vor der geschehenen Wahl: so war das Legat extinguirt. Nach einer Verordnung K. Justinians hingegen kann auch der Erbe des Legatars wählen. Hat übrigens der Legatar einmal gewählt: so kann er das gewählte Individuum nicht wieder zurückgeben, und eine neue Wahl vornehmen.

§. 571. Lehrsatz vom legato generis und quantitatis.

Genus und quantitas sind abstracte Begriffe, sie haben keine Existenz, als in unsrer Vorstellung, sie hören nicht auf zu existiren, wenn ein oder das andere Individuum, das zu dem genere, oder der Quantität gehört, die Existenz verliert (genus et quantitas non pereunt). Wenn ich einem dieses Pferd,

diese

diese Taschenuhr vermache, und das Pferd crepirt, die Uhr wird gestohlen: so ist das Vermächtniß erloschen. Wenn ich einem aber a) ein Pferd, eine Taschenuhr überhaupt (in genere) vermache: so kann das Vermächtniß auf diese Art nicht erlöschen, so lang nicht alle Pferde, alle Taschenuhren auf dem Erdboden zu Grund gehen. Gesetzt auch, daß das Pferd, die Uhr, die der Erbe in der Absicht gekauft hat, um sie dem Legatar zu übergeben, zu Grund gehen: so kann dieser doch sein Vermächtniß fordern. Habe ich b) einem eines von meinen Pferden, eine von meinen Taschenuhren vermacht: so kann er das Legat verlangen, wenn gleich eines oder einige dieser Stücke zu Grund gehen. Erst alsdann, wenn sie alle durch Zufall um- oder wegkommen, wird das Legat erstinguirt.

§. 472. Vom legato facti.

Der Gegenstand eines Vermächtnisses können nicht nur Sachen, sondern auch *facta* seyn. Wenn nemlich der Testator seinem Erben befielt, mir zum Vortheil ein Factum zu thun: so hat er mir dieses Factum vermacht. So kann z. E. der Testator seinem Erben, der ein Gelehrter ist, befehlen, mir Unterricht in einer Wissenschaft zu ertheilen; seinem Erben, der noch unverheyrathet ist, befehlen, daß er einem ledigen Frauenzimmer das Factum leiste, sie zu heyrathen. Nur muß das Factum erlaubt, den Gesetzen nicht zuwider seyn; sonst ist der Erbe nicht verbunden, es zu prästiren.

§. 573. Die legata sind entweder pura, oder conditionata, oder in diem, oder ex die, oder sub demonstratione, oder sub causa, oder sub modo.

Ein Vermächtniß kann 1) unbedingt, 2) mit Beyfügung einer Zeit, 3) unter einer Bedingung, 4) mit einer Beschreibung, 5) mit Anführung der Ursache, und 6) mit Bestimmung des Endzwecks hinterlassen werden. Im ersten Fall heißt es *legatum purum*, im zweyten *sub die*, im dritten *conditionatum*, im vierten *sub demonstratione*, im fünften *sub causa*, im sechsten *modale*. Das durch eine Zeit bestimmte kann *ex die* und *in diem* hinterlassen werden. Ex die habe ich etwas vermacht, wenn es der Legatar erst nach Verlauf einer bestimmten Zeit haben soll; in diem, wenn er jährlich, monatlich, wochentlich etwas bekommen soll, aber nur eine bestimmte Zeit lang. Daß ein Vermächtniß, dem ein ungewisser Tag beygefügt ist, zuweilen als ein bedingtes anzusehen ist, wird unten (§. 584.) bemerkt werden.

§. 574. Lehrsätze vom legato conditionali.

Bey dem bedingten Vermächtniß ist eben das Rechtens, was bey der bedingten Erbeseinsetzung gilt. Wenn ich einem daher etwas unter einer potestativen negativen Bedingung vermache: so kann er die Aushändigung des Legats

gats sogleich verlangen, wofern er die Mucianische Caution leistet; Z. E. wenn ich einem 10000 Rthlr. mit dem Beding hinterlasse, daß er seinen bisherigen Wohnort nicht verlassen soll: so muß ihm diese Summe sogleich ausgezahlt werden, im Fall er Caution stellt, daß er die vorgeschriebene Bedingung nicht übertreten werde.

§. 575. Vom legato sub demonstratione.

Ein Legat sub demonstratione ist, wenn der Testator der Person des Legatars, oder der legirten Sache eine Beschreibung beyfügt, um sie desto kenntlicher und gewisser zu machen; z. E. ich vermache meinem Vetter A, der die Handlung in Frankfurt gelernt hat, und sich jetzt in Paris aufhält, 1000 Rthlr. Ich vermache dem A. mein achromatisches Fernrohr, von Dollond in London verfertigt. Demonstration und Condition sind also bey den Vermächtnissen unterschieden. Denn die Demonstration enthält Eigenschaften oder Verhältnisse der Person, oder Sache, die Condition aber einen fremden äusserlichen Umstand. Wenn die Demonstration unrichtig ist, man indessen doch gewiß weiß, welche Person, oder welche Sache der Testator gemeynt hat: so schadet die Unrichtigkeit der Giltigkeit des Vermächtnisses nicht. Z. E. wenn der Vetter A., dem die 1000 Rthlr. vermacht sind, die Handlung nicht in Frankfurt, sondern in Hamburg gelernt hätte, der übrige Theil der Beschreibung aber doch zuträfe, oder wenn das Fernglas nicht von Dollond wäre, gleichwohl sich ein achromatisches nach Dollondischer Art verfertigtes in der Erbschaft fände: so würde das Vermächtniß bestehen. Eben so wenig schadet ein Irrthum, den der Testator im Namen des Legatars begeht; wenn es nur gewiß ist, wen er gemeynt habe. Wenn aber die Unrichtigkeit in der Beschreibung, oder der Irrthum im Namen eine inextricable Ungewißheit verursacht: so ist das Legat ungiltig (* 1).

(1) *Vinn.* quaest. sel. lib. 2. cap. 27. *Averan.* lib. 5. interpret. cap. 14. *Franc. Car. Conradi* diss. de voluntate testatoris dubia ob errorem in nomine vel demonstratione heredis aut legatarii commissum. Helmst. 1736.

§. 576. Vom legato sub causa.

Legatum sub causa heißt, wenn der Testator die Bewegursache anführt, die ihn zu dem Vermächtniß angetrieben hat. Z. E. weil mir A. viele Freundschaft erzeigt, und mir in meiner langwierigen Krankheit Beystand und Pflege geleistet hat: so vermache ich ihm 1000 Rthlr. Wenn gleich die angeführte Ursache des Vermächtnisses falsch ist: so ist darum das Vermächtniß nicht ungiltig. Denn die Gesetzgeber wissen, daß die Testatoren zuweilen mit Fleiß eine falsche Ursache angeben, um etwa den Erben, der über das Vermächtniß scheel siehet, zu besänftigen, oder weil sie sich der wahren Ursache schämen,

u. d. gl. Eine Ausnahme aber leidet dieser Satz, wenn der Erbe beweisen kann, a) daß der Testator die angeführte Ursache für wahr gehalten hat, und b) daß er ohne diesen Irrthum das Legat nicht würde hinterlassen haben (*[1]). Will er diesen Beweiß führen: so kann er den Legatar, welcher das Legat verlangt, mit der exceptione doli abweisen.

(1) L. 72. §. 6. D. de condit. et demonstr. Falsam causam legato non obesse, verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret. Sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse. Strubens rechtl. Bed. 2. B. 105. Bed. 5. B. 37. Bed.

§. 577. Legatum sub modo.

Wenn der Testator bestimmt, wozu der Legatar das Vermächtniß anwenden und gebrauchen soll: so heißt es *legatum sub modo*. Z. E. ich vermache dem A. 10000 Rthlr, um sich dafür ein Haus zu kaufen; 300 Rthlr, um die Doctorwürde annehmen zu können u. d. gl. Dieses Legat hat mit dem bedingten Vermächtniß einige Aehnlichkeit, und es ist zuweilen schwer zu sagen, ob ein gewisses Vermächtniß ein bedingtes, oder ein modale sey. Man hat bey zweifelhaften Fällen darauf zu sehen, ob der Erblasser gewollt hat, daß zuerst etwas geschehen soll, ehe der Legatar das Vermächtniß erhalte, oder umgekehrt, ob er das Vermächtniß bekommen, und alsdann erst etwas thun soll. Die Rechte beyder Arten von Vermächtnissen sind übrigens sehr verschieden. Denn wem etwas unter einer Bedingung vermacht ist, der acquirirt nicht eher das Legat, als bis die Bedingung erfüllt ist. Er kann es daher auch nicht eher fordern, und nicht auf seine Erben transferiren. Wem hingegen etwas sub modo vermacht wird, der erhält sogleich ein Recht auf die legirte Sache, welches er auf seine Erben transferirt, aber er verliert es wieder, wenn er den modum nicht erfüllt (*[1]).

(1) *Gregor. Maiansius* in diss. de his, quae sub modo relinquuntur, §. 9. *Leyser* sp. 399. med. 1. *Kortholt* diss. de eo, quod iustum est circa conditionem, quam testator inserere destinavit, neque tamen inseruit, §. 19.

§. 578. Fortsetzung.

Wem daher ein solches legatum hinterlassen wird, der kann entweder den modum sogleich erfüllen, oder nicht. Im ersten Fall ist er verbunden, es zu thun, im letzten aber kann er gegen Caution die Aushändigung des Legats verlangen. Nur wird vorausgesetzt, daß dem Testator, oder dem Erben, oder einem Dritten daran gelegen ist, daß der modus erfüllt werde (*[1]). Z. E. wenn dem Testator daran gelegen ist, daß einer seiner Verwandten die Doctorwürde annehme, und er ihm zu diesem Behuf eine Summe Geld vermacht: so ist der Legatar schuldig, es dazu zu verwenden. Wenn der Testator sagt:

dem

dem A. vermache ich 4000 Rthlr. zu Ankaufung eines eignen Hauses, und in diesem Haus soll B. eine Stube und Kammer lebenslang zur freyen Wohnung haben: so muß A. das Legat zu dem bestimmten Behuf anwenden, weil dem B. daran gelegen ist. Hat aber niemand ein gegründetes Interesse dabey, daß der modus erfüllt werde: so kann auch niemand den Legatar zu der Erfüllung zwingen. Z. E. der Testator sagte: A. soll 100 Rthlr. haben, um sich ein Reitpferd dafür anzuschaffen. Hier hängt es lediglich vom Legatar ab, ob er das Geld zu diesem Behuf anwenden will, oder nicht.

(1) Also, wenn auch nur dem Erblasser, und sonst keinem Menschen etwas an der Erfüllung des modi gelegen ist: so muß er dennoch erfüllt werden. L. 19. de legat. III. L. 71. pr. de condit. et dem. L. 44. de manumiss. testam.

§. 579. Legata captatoria und poenae nomine relicta.

Wenn ich einen zum Erben ernenne, oder ihm etwas vermache, weil er eben dasselbe gethan hat: so ist meine Disposition ohne Zweifel giltig. Gesetzt aber, ich setze einen ein, oder vermache ihm etwas auf den Fall, wenn er mich einsetzen, oder mir etwas vermachen wird, was ist alsdenn Rechtens? Man distinguire: entweder habe ich zugleich erklärt, daß der andere den Inhalt seines Testaments noch bey seinem Leben bekannt machen solle; ich habe, wie es in der L. 1. D. de his, quae non script. heißt, gesagt: qua ex parte me Titius heredem scriptum in tabulis suis *recitaverit*, ex ea parte heres esto, oder nicht. Im letzten Fall gilt meine Disposition. Im ersten aber heißt sie captatoria. Diese dispositiones captatoriae sind entweder captatorische Erbeseinsetzungen, oder captatorische Vermächtnisse. Beyde sind ungiltig. Bey den Römern gab es eine Menge Menschen, die nach Erbschaften schnappten (heredipetas). Diese Leute bedienten sich unter andern Kunstgriffen auch dieses, daß sie einen unter der Bedingung zum Erben ernennten, oder ihm ein Vermächtniß hinterliessen, wenn er sie auch einsetzen, oder ihnen auch etwas vermachen, und den Inhalt seines Testaments öffentlich bekannt machen würde. Ließ sich der andere dadurch zu einer Erbeseinsetzung, oder einem Vermächtniß bereden: so änderte der Erbschleicher sein Testament, oder stand dem andern nach dem Leben. Deswegen wurden die captatoriae dispositiones sowohl Erbeseinsetzungen, als Vermächtnisse für nichtig erklärt, das heißt, weder die Disposition des Erbschleichers, noch die von ihm erschlichene Disposition des andern war giltig (*1). Uebrigens ist die ganze Lehre von den captatorischen Dispositionen voll Zweifel und Dunkelheit (*2).

Eben so wenig ist der Begriff eines legati poenae nomine relicti ausgemacht. Die meiste sagen: legatum poenae nomine relictum ist ein Vermächtniß, das in der Absicht, die Erben zu zwingen, hinterlassen wird. Wenn ich

nemlich dem Erben etwas zu thun befehle, das er ungern thut, und ihm daher auf den Fall, daß er es nicht thun werde, ein Vermächtniß zu geben auflege, oder wenn ich ihm etwas verbiete, was er gern thäte, und auf den Fall, daß er gegen mein Verbot handeln wird, mit einem Legat beschwere: so habe ich in beyden Fällen ein legatum poenae nomine hinterlassen. Ich weiß z. E. daß mein Erbe eine Abneigung gegen den ordentlichen Ehestand hat, befehle ihm daher, daß er heyrathen, und im Fall er es unterlassen wird, 1000 Rthlr. an das Spinnhaus, und eben so viel an das Findelhaus zahlen solle. Nach den alten Römischen Gesetzen waren diese Vermächtnisse sehr verhaßt, und ungiltig. Nicht einmal bey Soldaten galten sie, und selbst der Kayser nahm ein legatum poenae nomine relictum nicht an. Die Ursache lag, wie man sagt, darinn, weil es widersinnig schien, ein Vermächtniß, dessen Quelle Achtung und Liebe gegen den Legatar seyn sollte, blos zur Strafe für den Erben zu hinterlassen. Daß dieser Grund äusserst lahm ist, sieht man ohne mein Erinnern. Etwas befriedigender ist folgende Raison: das legatum poenae nomine werde der Willkühr des Erben überlassen (conferri in arbitrium heredis); dieß dürfe aber bey letzten Willenserklärungen nicht geschehen (* 3). Justinian änderte das alte Recht, und verordnete, daß man distinguiren sollte: entweder ist dem Erben etwas unmögliches (physisch oder moralisches) befohlen, und im Unterlassungsfall das Legat auferlegt, oder nicht. Im ersten Fall ist es ungiltig, im letzten aber gilt es. Wenn es also im Testament hiesse: mein Erbe soll den A. gelegentlich ausprügeln, oder zur Strafe 100 Rthlr. an das Waysenhaus erlegen: so ist der Erbe weder zu der Ausprügelung, noch zu der Bezahlung des Vermächtnisses verbunden. Denn es wäre unrecht, wenn jemand dafür Strafe leiden sollte, daß er etwas verbotenes unterlassen hat. Hingegen in dem vorhin gegebenen Exempel muß der Erbe entweder heyrathen, oder die auferlegten Vermächtnisse bezahlen. Bynkershök behauptet zwar in der angeführten Abhandlung, Justinian habe nichts neues verordnet; den Namen legatum poenae nomine relictum habe man zur Zeit des alten Rechtes nur alsdenn gebraucht, wenn der Testator dem Erben etwas strafbares befohlen, und im Unterlassungsfall ein legatum aufgegeben habe; Tribonian habe das alte Recht nicht verstanden. Allein seine Gründe sind sehr seicht, wie Gundling (*4), Otto und Beemann an den a. O. zeigen.

(1) *Bynkershoek* de captatoriis institutionibus, cap. 10. in opusc. Halens. vol. 2. pag. 254. sqq.

(2) Was ist aber heutigestags bey den captatorischen Dispositionen Rechtens? Daß sie giltig seyn, behaupten *Thomasius* in diss. de captatoriis institutionibus, §. 41. in collect. diss. tom. 2. num. 32. *Leyser* spec. 376. med. 10. *Reinharth* ad *Christin.* vol. 4. obs. 22. Hingegen streitet für den Gebrauch des Römischen Rechts von Cramer in Wezl. Nebenst. 12. Theil, 60. u. f. S.

(3) L. 43.

(3) L. 43. §. pen. D. de legat. I. *Theoph.* et *Vinn.* ad §. 36. I. h. t.
(4) *Gundling* diſſ. de principe herede ex teſtamento civium, cap. 6. §. 32. in exercitat. academ. pag. 476.

§. 580. Vom iure accreſcendi.

Was das ius accreſcendi bey Erbſchaften ſey, haben wir oben (§. 494.) gehört. Dieſes Recht hat aber auch bey Vermächtniſſen ſtatt. Hier iſt es das Recht, die Portion eines wegfallenden collegatarii coniuncti, die er noch nicht acquirirt hatte, zu acquiriren. Wenn es z. E. im Teſtament heißt: meine beyde Vettern A. und B. ſollen mein Landgut als ein Vermächtniß haben, und A. geht vor dem B. mit Todt ab: ſo bekommt B. vermöge des iuris accreſcendi das ganze Landgut. Der Grund dieſes Rechtes iſt der vermuthete Wille des Teſtators. Man glaubt nemlich, dieſer wolle lieber, daß die Portion des collegatarii A. auf den Collegatar B. falle, als daß ſie dem Erben verbleibe. Weil aber eine Vermuthung der Gewißheit weichen muß: ſo kann der Teſtator das ius accreſcendi bey Vermächtniſſen verbieten. Bey Erbſchaften gründet ſich dieſes Recht auf die Regel: nemo pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus decedere poteſt, und daher kann es der Erblaſſer nicht verbieten.

§. 581. Erforderniſſe deſſelben.

Wo das ius accreſcendi ſtatt finden ſoll, da wird 1) erfordert, daß legatarii coniuncti da ſind; das heißt, daß mehreren Perſonen eine und dieſelbe Sache, z. E. daſſelbe Landgut, daſſelbe Haus, und zwar ohne reelle Theilung vermacht iſt. Sobald der Erblaſſer reelle Theile macht: ſo ſind die legatarii nicht coniuncti, und wenn einer von ihnen wegfällt: ſo fällt ſein Theil nicht auf den Collegatar, ſondern bleibt dem Erben. 2) Daß einer von den collegatariis wegfalle. 3) Daß dieſer ſeine Portion noch nicht acquirirt habe. Denn iſt dieß geſchehen: ſo transferirt er ſie auf ſeine Erben, und der Collegatar bekommt nichts.

Ich habe noch dreyerley anzumerken. 1) Reelle Theile hat der Teſtator gemacht, wenn er die legirte Sache dergeſtalt unter die Collegatarien vertheilt, daß jeder ſeinen Antheil, ohne weitere Abtheilung ſogleich zu ſich nehmen kann. Z. E. wenn der Teſtator ſagt: A. und B. ſollen mein Haus haben, A. das fordere, B. das Hinterhaus. Intellectuelle Theile heben die Conjunction der Legatarien nicht auf; z. E. wenn es heißt, A. und B. ſollen meinen Garten haben, und zwar A. ein Drittel, B. zwey Drittel (*[1]). 2) Ein Legatar fällt weg (deficit), wenn er ſeine Portion nicht haben will, oder nicht haben kann. Dahin gehört, wenn er ſchon zur Zeit der Teſtamentserrichtung nicht mehr gelebt hat; wenn er das Legat ausſchlägt;

wenn er vor dem Teſtator ſtirbt; wenn er ſeine Erbfähigkeit verliert. 3) Wenn ein erbfähiger Legatar den Teſtator nur einen Augenblick überlebt: ſo bekommt der Collegatar nichts. Denn der Verſtorbene hat ſeine Portion acquirirt gehabt, und hinterläßt ſie nun ſeinen Erben.

(1) Dieß iſt zwar nach dem Römiſchen Recht ſehr zweifelhaft. *Cocceii* iur. controv. tit. de legat. ſect. de iure accreſcendi, qu. 4. *Bach* diſſ. de iure accreſcendi, §. 14. in opuſc. p. 355. Allein in der Praxis iſt es angenommen. *Bach.* l. c. §. 18. ibique alleg.

§. 583. Zwey Fragen von den Legaten.

Noch zwey Fragen ſind bey den Vermächtniſſen zu beantworten: 1) von welcher Zeit an kann man behaupten: dies legati cedit et venit? 2) Von welcher Zeit an wird der Legatar Eigenthümer der legirten Sache? Ehe ich dieſe Fragen beantworten kann, muß ich erklären, was das heiſſe: dies legati cedit, dies legati venit. Dies ceſſit heißt, die Zeit iſt gekommen, da der Legatar ein Recht auf das Legat erhält, ſo, daß er es auf ſeine Erben transmittiren kann. Dies venit heißt, die Zeit iſt da, wo er das Recht auch ausüben kann, befugt iſt, das legatum vom Erben zu fordern; kurz, der Zahlungstermin iſt erſchienen. Zuweilen hat der Legatar ſchon ein Recht auf das legatum, und doch kann er die Auslieferung, die Auszahlung vom Erben noch nicht fordern. Z. E. wenn mir 1000 Rthlr. dergeſtalt vermacht werden, daß ich ſie erſt zwey Jahre nach des Teſtators Todt ausgezahlt bekommen ſoll: ſo habe ich zwar gleich nach deſſen Abſterben ein Recht auf dieſe Summe (dies cedit ſtatim); aber erſt nach zwey Jahren kann ich dieſes Recht ausüben, äuſſert es ſeine volle Wirkungen, kann ich den Erben auf die Auszahlung des Legats belangen (dies venit).

§. 584. Quando dies cedat et veniat?

Wenn die Frage iſt: quando dies legati cedat aut veniat? So ſind folgende Sätze zu bemerken: 1) Wenn ein Vermächtniß ohne Bedingung hinterlaſſen iſt, und ſogleich ausgeliefert werden ſoll: ſo geht es entweder auf die Erben des Legatars über, oder nicht. Im erſten Fall iſt die Regel: dies cedit a tempore mortis teſtatoris, im letzten aber: dies cedit ab adita hereditate. Es giebt nemlich perſönliche Rechte, die nur lebenslang dauern, dergleichen ſind z. E. die perſönlichen Servituten, uſusfructus, uſus, habitatio. Wenn ich dieſe einem vermache: ſo fängt ſein Recht erſt an (dies cedit), wenn der Erbe die Erbſchaft angetreten hat. Wenn ich einem hingegen das Eigenthum einer Sache pure vermache: ſo bekommt er von dem Augenblick meines Todtes an ein Recht auf die Sache; denn das Eigenthum geht auf die Erben. Der Grund dieſer Verſchiedenheit iſt nicht mit Gewißheit anzugeben. Gemeiniglich

lich sagt man: wenn ein Legat auf die Erben gehet: so geben die Gesetze dem Legatar bald möglichst ein Recht, damit, wenn er kurz nach dem Testator stirbt, das Legat doch auf seine Erben falle. Wenn aber das Vermächtniß seiner Natur nach nicht auf die Erben kommen kann: so haben die Gesetzgeber geglaubt, man habe nicht Ursache mit der cessione diei so sehr zu eilen (*1). Die Auslieferung des Vermächtnisses kann der Legatar verlangen (dies venit), sobald der Erbe die Erbschaft angetreten hat, ausgenommen, wenn es ein legatum modale ist. Denn in diesem Fall ist der Erbe nicht eher schuldig es auszuliefern, als bis der Legatar den modum erfüllt, oder Caution gestellt hat.

2) Wenn dem Legat eine Bedingung beygefügt ist: so bekommt der Legatar nicht eher ein Recht, noch weniger kann er die Auslieferung des Legats verlangen, als bis die Bedingung erfüllt ist.

3) Ist etwas eine bestimmte Zeitlang vermacht, z. E. es heißt, A. soll, so lange er keine Versorgung hat, jährlich von meinem Erben 500 Rthlr. ausgezahlt bekommen: so ist eben das Rechtens, was bey dem legato puro gilt. (Num. 1.)

4) Ist das Legat von einer gewissen Zeit an verlassen, z. E. A. soll 1000 Rthlr. haben, aber nicht eher als 3 Jahre nach meinem Todt: so ist die Regel: dies cedit ut in legatis puris; (Num. 1.) venit autem tempore lapso, das heißt, der Legatar bekommt sogleich ein Recht auf die 1000 Rthlr, aber erst, wenn die drey Jahre verflossen sind, kann er die Auszahlung fordern.

5) Wenn die dem Vermächtniß beygefügte Zeit völlig ungewiß ist, oder man wenigstens nicht weiß, ob sie kommen wird: (§. 491.) so ist sie als eine Bedingung anzusehen. (Num. 2.)

6) Ist es aber gewiß, daß der Tag kommen wird, und ungewiß, wann er kommen wird; z. E. ich vermache einem etwas, daß er es an einem Todestag bekommen soll: so muß man folgendergestalt distinguiren: entweder bezieht sich der Todestag auf den Legatar selbst; z. E. ich vermache dem A. 1000 Rthlr, auf den Tag, da er sterben wird; oder auf einen Dritten; z. E. A. soll mein Erbe seyn, meine Wittwe aber den Nießbrauch meines ganzen Vermögens haben. Nach ihrem Todt soll mein Erbe 1000 Thlr als ein Legat an den B. auszahlen. Im ersten Fall ist der Tag, als ein gänzlich gewisser zu betrachten; der Legatar bekommt sogleich ein Recht auf das Legat (dies statim cedit). Im letzten aber ist er als ein völlig ungewisser Tag, als eine Bedingung anzusehen. Denn ob es gleich gewiß ist, daß meine Wittwe sterben wird: so ist es doch zweifelhaft, ob A. diesen Todestag erleben werde. Will aber A. das Legat haben: so muß er den Todt der Wittwe erle-

erleben; also dependiret das Vermächtniß von einer künftigen ungewissen Begebenheit, folglich ist es bedingt (conditionatum). Man sehe die 39 Tabelle.

(1) *Heinecc.* ad L. Iul. et Pap. Popp. lib. 3. cap. 2. p. 382.

§. 584. Von welcher Zeit an wird der Legatar Eigenthumsherr?

Wenn die Frage entsteht: von welcher Zeit an der Legatar Eigenthümer der legirten Sache werde? so sind folgende Sätze zu behalten: 1) so lange dies legati noch nicht cedirt ist, hat auch der Legatar kein Eigenthumsrecht auf das Legat. 2) Ist aber die cessio diei geschehen: so ist entweder ein genus vermacht, oder eine species (ein individuum). Im ersten Fall wird der Legatar Eigenthümer, wenn ihm der Erbe ein unter das genus legatum gehöriges individuum übergiebt. Im letzten Fall ist die species entweder dem Testator eigen, oder nicht. Vermacht mir einer eine Sache, die nicht sein eigen ist: so muß sie der Erbe, wo möglich, kaufen, und mir übergeben. Sobald er dieß thut, und eher nicht, bin ich Eigenthümer.

Wenn mir aber jemand etwas vermacht, das sein eigen ist: so muß man ein dreyfaches Eigenthum unterscheiden: 1) fictum, 2) verum resolubile, 3) verum irresolubile. Sobald der Testator die Augen schließt, ist auch der Legatar vermöge einer Rechtsfiction Eigenthümer; aber nur in soweit, daß er das Legat auf seine Erben transmittiren kann. Wirklicher Eigenthümer ist er nicht. Denn er kann das Legat nicht vom Erben fordern, ehe dieser die Erbschaft angetreten hat, und wenn dieser repudiirt: so geht das Legat gänzlich zu Grund. Das wahre Eigenthum fängt also erst mit der Erbschaftsantretung an. Nun kann der Legatar sagen, daß die legirte Sache sein sey und bleibe. Allein er ist auch befugt, das Legat zu repudiiren, und wenn er dieß thut: so ist es, als ob er nie Eigenthümer gewesen wäre, sein Eigenthum ist also noch auflößlich. Erst alsdenn, wenn er erklärt, daß er das Legat annehme, fängt sein unauflößliches Eigenthum (dominium irresolubile) an.

§. 585. Klagen des Legatars.

Wenn die Frage ist: was der Legatar für eine Klage anstelle? so ist (S. die 40. Tabelle) entweder die Rede von einer körperlichen, oder von einer unkörperlichen Sache. Im ersten Fall existirt die Sache entweder noch, oder sie ist zu Grund gegangen. Wenn sie noch existirt: so kommen dem Legatar drey Klagen zu: 1) *rei vindicatio.* Sie setzt voraus, daß der Testator eine ihm eigene Sache legirt hat, und daß das Eigenthum auf den Legatar übergegangen ist. 2) Actio personalis ex testamento. Wer eine Erbschaft antrit, macht sich stillschweigend verbindlich, (quasi contrahit,) daß er alles, was im Testament verordnet ist, erfüllen wolle. Daher kann er von den legatariis aus dem

dem Testament belangt werden. 3) Die legatarii und fideicommissarii haben ein gesetzliches Pfandrecht auf das Vermögen des Erblassers; vermöge dieses können sie jeden, der etwas aus der Erbschaft besitzt, actione hypothecaria belangen. Verschiedene Anmerkungen über dieses stillschweigende Pfandrecht werden unten §. 719. vorkommen. Ist die vermachte Sache zu Grund gegangen, und zwar ohne Schuld des Erben: so hat keine Klage statt; der Legatar muß den Verlust tragen. Wenn hingegen der Erbe Schuld an dem Untergang der Sache ist: so kann er actione personali ex testamento auf die Ersetzung des Schadens belangt werden.

Ist eine unkörperliche Sache legirt: so ist sie entweder physisch oder moralisch unkörperlich. (§. 564.) Im ersten Fall hat actio ex testamento statt; z. E. wenn ich einem 2000 Rthlr, wenn ich einem eine goldne Taschenuhr (in genere vermache. Im letzten aber wird die Klage angestellt, die aus dem legirten Recht entspringt; z. E. wenn mir jemand eine Servitut vermacht: so stelle ich actionem confessoriam an; wird mir eine Forderung vermacht, die aus einem Darlehn entstand: so kommt mir condictio ex mutuo zu.

TIT. XXI.

DE ADEMTIONE LEGATORUM.

§. 586. Uebergang zu dieser Lehre.

Dieser Titel handelt von den verschiedenen Arten der ungiltigen Vermächtnisse. Die ungiltigen legata sind entweder *nulla*, oder *pro non scriptis habita;* oder *ereptitia;* oder *exstincta.* Wir wollen jede Gattung betrachten. Mit den ademtis hat es folgende Bewandniß: Die legata und fideicommissa werden in einem letzten Willen hinterlassen; ein letzter Wille ist wiederruflich. Daher kann man ein Vermächtniß, eben so wie eine testamentarische Erbeseinsetzung nach Gefallen wiederrufen. Eine solche Wiederrufung heißt *ademtio legati* überhaupt. Sie ist entweder *ademtio stricte sic dicta*, oder *translatio.* Jene ist vorhanden, wenn ich ein Vermächtniß wiederrufe, ohne ein anders an dessen Stelle zu setzen; diese aber, wenn ich an die Stelle des ersten Vermächtnisses ein anderes setze; kurz, wenn ich etwas an dem Legat ändere. Man sehe die 41 Tabelle.

§. 487. Was ist die ademtio legati?

Die *ademptio legati* in strengem Verstand ist eine Erklärung, daß das vorher von mir gestiftete Vermächtniß nicht gelten solle. Sie ist, wenn man

auf ihre Wirkung sieht, entweder eine solche, welche Kraft Rechtens, (ipso iure) oder eine, die durch Hülfe einer Exception (ope exceptionis) geschieht. Wenn ich nemlich ein Vermächtniß auf solche Art wiederrufe, daß es selbst nach dem strengen Recht nicht mehr gilt: so heißt es ipso iure ademtum. Wenn es aber nach dem strengen Recht giltig bleibt, und gleichwohl der Legatar, der es fordert, mit einer Exception abgewiesen werden kann: so heißt es ope exceptionis ademtum. Ein Unterschied, der nach dem neuern Römischen Recht keinen practischen Nutzen mehr hat.

§. 588. Von der ademtione ipso iure.

Die ademptio ipso iure geschieht entweder mit Worten, oder mit Handlungen. Mit Worten, wenn ich im Testament oder in Codicillen erkläre, daß einer das, was ich ihm zuvor vermacht habe, nicht haben solle. Mit Handlungen; dergleichen sind a) wenn ich die Stelle im Testament, oder in den Codicillen, die das Vermächtniß enthält, durchstreiche. b) Wenn ich die legirte Sache verderbe; z. E. das legirte Porcellan zerbreche; ferner c) wenn ich sie in eine andere Gestalt bringe, und zwar so, daß man ihr die vorige Gestalt nicht wieder geben kann; z. E. wenn ich einem Bauholz vermacht habe, und Bretter daraus schneiden lasse; denn wenn ich die Sache verändere, sie aber doch wieder in ihre vorige Form gebracht werden kann: so ist das Legat nicht aufgehoben, z. E. wenn ich aus dem legirten silbernen Teller Löffel machen lasse. d) Wenn ich sie ohne Noth verkaufe, vertausche, oder wenn ich sie verschenke; e) wenn ich die legirte Schuldforderung ohne Noth eintreibe u. d. gl.

§. 589. Von der ademtione ope exceptionis.

Ope exceptionis ist das Legat aufgehoben: a) wenn eine Todtfeindschaft zwischen dem Testator und Legatar entsteht, und vor des Testators Absterben keine Aussöhnung erfolgt (*[1]). Nicht jeder kleiner Zwist ist also dazu hinreichend, sondern nur eine heftige Feindschaft. b) Wenn der Testator vor zwey Zeugen oder in einem Zettel erklärt, daß das Vermächtniß nicht gelten solle. Viele Juristen (*[2]) zweifeln zwar an diesem letzten Satz, und glauben, ein Legat könne nur vor fünf Zeugen wiederrufen werden. Allein die angeführten Schriftsteller nebst andern (*[3]) haben unsere Meynung erwiesen. Die Gesetze erfordern jene Solennität nirgends.

(1) *Pufendorf* tom. 1. obs. 39.
(2) Z. E. *Lauterb.* coll. th. pr. h. t. §. 5. *Berger* oec. iur. pag. 305.
(3) *Harpprecht* ad §. 1. I. h. t. *Stryk* caut. test. cap. 23. §. 30. *Cocceji* iur. contr. h. t. qu. 1. *Wernher* P. 1. obs. 300. Cramers Nebenst. 44. Th. 99. S.

§. 590.

§. 590. Von der Translation.

Die Translation eines Vermächtnisses kann auf vielerley Art geschehen. 1) wenn die Person des Legatars geändert wird; z. E. es heißt: ich habe zwar in meinem Testament dem A. mein Landgut vermacht, nehme aber jezt aus bewegenden Ursachen dieses Vermächtniß zurück, und will, daß nicht A, sondern B. das Landgut haben soll. 2) Wenn ich die Person des Erben ändere, d. i. wenn ich einem andern Miterben die Auszahlung des Vermächtnisses auflege, z. E. ich sage: in meinem Testament habe ich meinem Erben A. anbefohlen, den Armen 1000 Rthlr. auszuzahlen; aber ich ändere diese Disposition jezt dahin, daß nicht A, sondern B. dieses Vermächtniß bezahlen soll. 3) Wenn der Gegenstand des Vermächtnisses geändert wird; z. E. ich habe zwar dem A. meine sämmtlichen Mobilien vermacht; weil ihm aber der Transport zu viel kosten würde: so will ich ihm statt derselben 2000 Rthlr. vermachen. 4) Wenn die Form des Vermächtnisses eine Aenderung leidet. Ich habe einem etwas pure vermacht, nun vermache ich es bedingungsweise, oder umgekehrt. Ich hatte einem 1000 Rthlr. dergestalt vermacht, daß er sie erst 3. Jahre nach meinem Todt ausgezahlt bekommen sollte: nun verordne ich, daß er sie sogleich haben soll, u. s. w.

Wenn ich ein Legat von einem Legatar auf den andern transferiren will: so ist es nicht genug, daß ich sage, der andere soll es haben; sondern ich muß auch zugleich zu erkennen geben, daß es der erste nicht haben solle. Z. E. wenn ich in der ersten Disposition dem A. mein Haus vermacht habe, und in der zweyten Disposition blos sage: B. soll mein Haus haben: so ist dadurch das Haus dem A. nicht benommen, sondern er und B. werden als legatarii coniuncti angesehen. (§. 581.) Will ich also, daß A. das Haus nicht, sondern daß es B. allein haben soll: so muß ich sagen: das Haus, welches ich in meiner vorigen Disposition dem A. vermacht habe, vermache ich jezt dem B. oder (weil auch diese Worte verschiedenen Juristen zweifelhaft scheinen) noch besser: A. soll das Haus, das ich ihm vermacht habe, nicht bekommen, sondern es soll dem B. vermacht seyn.

§. 591. Was dazu erforderlich ist.

Wer ein Legat transferiret, der hebt das erste Vermächtniß auf, und sezt zugleich an dessen Stelle ein neues. Daraus folgt, daß die Translation eines Vermächtnisses eben so geschehen muß, wie die Errichtung eines ganz neuen Legats; das heißt entweder a) im Testament oder b) in einem Codicill oder c) durch einen dem Erben mündlich ertheilten Befehl (* 1). Wenn ich ein Legat transferiren will, aber diese Erfordernisse nicht beobachte: so gilt meine

Erklärung zwar als Ademtion, aber nicht als Translation. Z. E. in einem Testament hatte ich dem A. meinen Garten vermacht. Nun erkläre ich vor zwey Zeugen, A. soll meinen Garten nicht haben, ich will ihn vielmehr dem B. vermachen. Was ist Rechtens? Weder A, noch B. bekommen den Garten. Meine Erklärung gilt als Ademtion. Denn diese kann vor zwey Zeugen geschehen; aber als Translation ist sie ungiltig, weil sie nicht auf die bey der Translation erforderliche Art geschehen ist (recte ademtum est legatum, sed non recte translatum).

(1) Wenn ich indessen dem Erben mündlich gesagt hätte, daß das eine Vermächtniß abgeändert seyn sollte, und keine zwey Zeugen dabey gewesen wären: so würde dieses zum Nachtheil des Legatars nicht gelten.

§. 592. 593. Von legatis exstinctis, nullis, pro non scriptis habitis und ereptitiis.

Wir gehen zu den legatis *exstinctis*. Man versteht darunter Legate, die von Anfang giltig sind, hernach aber durch einen Zufall zu Grund gehen. Dergleichen sind 1) wenn der Legatar vor dem Testator stirbt, und keinen collegatarium coniunctum hat. Denn ist ein solcher vorhanden: so fällt das legatum auf ihn ex iure accrescendi; es wird also nicht exstinguirt. 2) Wenn der Legatar die Erfüllung der Bedingung nicht erlebt. 3) Wenn ich einem eine Sache vermache, die nicht mein gehört, und er sie noch vor meinem Todt umsonst acquirirt. 4) Wenn die legirte Sache ohne Schuld des Erben zu Grund geht. 5) Wenn die Condition des Vermächtnisses nicht zur Erfüllung kommt.

Die legata sind *nulla*, wenn die Disposition, worinn sie enthalten sind, ungiltig ist; also wenn das Testament nullum, oder ruptum, oder irritum, oder destitutum ist; wenn das Codicill, worinn das Legat verordnet ist, nicht gilt, u. s. w.

Pro non scriptis habita legata sind Vermächtnisse, die in einer giltigen Disposition enthalten, und doch gleich von Anfang ungiltig sind. Dahin gehört 1) wenn ich mein Testament durch Jemand anders aufsetzen oder abschreiben lasse, ihm ein Legat hinterlasse, er also die ihn betreffende Stelle selbst niedergeschrieben hat. Ein solches Vermächtniß ist ungiltig, wofern nicht der Testator mit eigner Hand anmerkt, daß es auf sein Verlangen niedergeschrieben sey (*[1]). 2) Wenn einem Menschen ein Legat hinterlassen wird, welcher unfähig ist, dergleichen zu bekommen. 3) Wenn der Legatar zur Zeit, da das Vermächtniß errichtet wird, schon mit Todt abgegangen ist. 4) Wenn das Vermächtniß so dunkel ist, daß es schlechterdings nicht zu erklären steht.

Endlich *legata ereptitia* sind die, welche der Fiscus oder jemand anders dem

dem Legatar wegen seiner Unwürdigkeit wegnimmt. Die Handlungen, welche den Legatar unwürdig machen, werden in dem Titel der Pandecten de his, quae ut indign. beschrieben.

(1) Zuerst verordnete das SCtum Silanianum, dessen Alter ungewiß ist, daß niemand, welcher eines andern Testament schreibt, bey Strafe der Nullität sich darinn etwas zum Vortheil nieder schreiben soll. L. 1. D. de his, quae pro non script. L. 6. L. 14. §. 1. L. 18. L. 22. §. 6. ad L. Cornel. de falf. L. 29. D. de testam. tut. Kayser Claudius verordnete durch ein Edict weiter, daß auch ein filius familias nichts zum Vortheil seines Vaters und ein Sklav nichts für seinen Herrn niederschreiben solle, daß ein Contravenient nach der L. Cornelia de falsis bestraft werden, und daß keinen die Unwissenheit des Gesetzes entschuldigen soll, L. 15. D. ad L. Cornel. de falf. In der Folge sind diese Verordnungen durch Kayserliche Rescripte und die Interpretation der Juristen theils erweitert, theils modificirt worden. L. 1. sqq. C. de his, qui sibi adscrib. (IX. 23.) Soll das Vermächtniß gelten: so ist nicht genug, daß der Testator die Disposition überhaupt unterschreibt, (subscriptio generalis) sondern er muß an dem Rand anmerken, daß dieß Vermächtniß auf seinen Willen niedergeschrieben worden, oder unter den letzten Willen eine specielle Unterschrift setzen, z. E. mit eigener Hand schreiben: daß obstehendes Vermächtniß von 100 fl. für den Herrn A. auf meinen Willen meiner *Dispositi*on einverleibt worden ist, bezeuge ich durch diese meine Unterschrift. Wenn auch indessen keines von beyden geschehe wären, der Testator aber doch vor 2 Zeugen das Vermächtniß eingestanden hätte: so würde es nicht ungiltig seyn. *Io. Iac. Mascov.* diss. de his, qui sibi adscribunt in testamento ad explicationem SCti Liboniani Lipf. 1731. *Io. Wilh. Marckart* diss. de his, qui sibi adscribunt in testam. alieno, in exercit. acad. n. 3. *Stryk* de cautel. testam. cap. 20. Heutigestages fällt die poena falsi weg, wenn man nicht beweisen kann, daß der Schreiber des Testaments (wirklich) ohne den Willen des Testators, das Vermächtniß eingeflickt habe.

TIT. XXII.

DE LEGE FALCIDIA.

§. 594. 595. Geschichte des Gesetzes.

Die Gesetze der 12. Tafeln verordneten: pater familias uti legassit super familia, ita ius esto. Nach dieser Verordnung hatte also ein Testator das Recht, so viele Vermächtnisse zu machen, als er wollte. Dieses Recht wurde zuweilen mißbraucht. Manche Testatoren machten so viele Legate, daß dem Erben wenig oder nichts übrig blieb; die Erben schlugen also die Erbschaften, bey denen sie keinen, oder einen nur sehr geringen Profit hatten, aus und manche Testamente wurden deswegen destituirt. Diesem abzuhelfen,

wurden verschiedene Gesetze gemacht. Zuerst verordnete Lex Furia, man sollte niemanden (ausser den Verwandten und gewissen andern bestimmten Personen) mehr als 1000 asses vermachen können. Dieses Gesetz erreichte aber die erwünschte Absicht nicht. Denn die Testatoren machten nun gar keine Vermächtnisse, deren Eins über 1000 asses betrug; aber sie hinterliessen deren so viele, daß dennoch dem Erben nichts übrig blieb.

Voconius Saxa gab daher ein zweytes Gesetz: kein Römischer Bürger, kein census, wie es im Gesetz heißt (*[1]), sollte einem mehr vermachen, als er dem Erben übrig liesse. Wenn z. E. der Erbe nach Abzug aller Vermächtnisse 1000 Rthlr. übrig behielt: so durfte sich kein Vermächtniß über 1000 Rthlr. erstrecken. Allein auch dieses Gesetz hatte die gehoffte Wirkung nicht. Denn wenn jemand sehr viele kleine Legate hinterließ: so konnte es geschehen, daß dem Erben eine unbedeutende Kleinigkeit übrig blieb, obgleich kein Legatar mehr, als der Erbe bekam. Auch schicanirte man mit dem Wort census, das im Gesetz stand. Ein Bürger, der sich nicht hatte schätzen lassen, (qui non census erat,) glaubte nicht an die legem Voconiam gebunden zu seyn (*[2]). Und der Bürger, welche nicht geschätzt waren, gab es nicht wenige, weil der census nicht ordentlich alle fünf Jahre gehalten wurde.

Endlich veranlaßte der Tribunus Plebis P. Falcidius ein Gesetz, welches passender und wirksamer war; das Gesetz: Niemand sollte mehr als drey Viertel der Erbschaft zu Vermächtnissen aussetzen; dem Erben sollte allezeit eine Quart des Vermögens übrig gelassen werden, und wenn er so viel nicht übrig behalte, sollte er befugt seyn, den Legatarien einen Abzug zu machen. Diese Verordnung heißt *lex Falcidia*, und die dem Erben darinn versicherte Quart: *quarta Falcidia* (*[4]).

(1) *Perizonius* ad L. Vocon. p. 118. sqq. edit. *Heinecc.* de ann. 1722. *Wieling* lect. iur. civ. lib. 2. cap. 20.

(2) *Bach* Diss. de his, quae imputantur in quartam Falcidiam. §. 2. opusc. pag. 435.

(3) Eine Vermuthung über die nächste Veranlassung dieses Gesetzes hat *Io. Wilh. Hoffmann* in histor. triumvirat. §. 15.

(4) Von dem Falcidischen Gesetz handelt weitläuftig *Athanas. Oteyza* et *Olano* in paralipom. iur. civ. lib. 4. cap. 1. sqq. in *Meermann.* thesaur. tom. 1. p. 533. sqq. Von der Berechnung der Falcidischen Quart s. Estors Proceß 3 Th. 132. u. f. f. Seite.

§. 596. Grundsätze desselben.

Das Falcidische Gesetz also hat zwey Theile. Der erste ist: dem Erben soll allezeit ein Viertel der Erbschaft übrig bleiben; dieses Viertel soll der Testator nicht mit Legaten beschweren. Der zweyte: handelt ein Testator dagegen, und macht so viele Legate, daß dem Erben ein Viertel der ganzen Verlassen-

lassenschaft nicht ist: so kann der Erbe jedem Legatar etwas, und allen zusammen so viel abkürzen, daß ihm die Quart übrig bleibe. Z. E.

Das Vermögen ist : : : : :	12000 Fl.
Mithin kann der Testator vermachen :	9000
Und muß dem Erben lassen : : : :	3000
Dem A. sind aber vermacht : : : :	6000
Dem B. : : : : : : :	3000
Dem C. : : : : : : :	1000
Summe der Vermächtnisse	10000
Dem Erben bleiben also nur übrig :	2000
Und es sollten ihm übrig bleiben : :	3000

Er kann folglich jedem Legatar etwas abziehen. Aber wie viel? Man rechne also: allen Vermächtnissen, welche 10000 fl. betragen, werden abgezogen 1000; wie viel kann also von den legirten 6000, wie viel von den 3000, wie viel von den 1000 abgezogen werden? Oder:

10000	:	9000	=	6000	: 5400.
10000	:	9000	=	3000	: 2700.
10000	:	9000	=	1000	: 900.
				Summe	9000.

§. 597. Wer zieht die Falcidische Quart ab?

Die Falcidische Quart wird vom Erben gezogen, wenn er mit übermässigen Legaten beschwert ist. Nach dem Falcidischen Gesetz soll nur ein Testamentserbe dieses Recht haben; K. Antonius Pius aber gab es auch den Intestaterben, welche in Codicillen mit Vermächtnissen beladen sind. 1) Sind mehrere Erben vorhanden: so ist es nicht genug, daß sie alle zusammen die Quart frey haben, sondern jeder insbesondere kann sie verlangen. Z. E. die Miterben sind A. B. C.

Das Vermögen ist : : : : :				12000	Rthlr.
Drey Quart des Ganzen betragen also : :				9000	:
Und ein Viertel : : : : : :				3000	:
A. soll an Vermächtnissen zahlen : : :				3500	
B. soll bezahlen : : : : : :				2000	
Und C. : : : : : : :				1500	
Summe aller Vermächtnisse : :				7000	Rthlr.
Nach deren Abzug bleiben übrig :				5000	:

Die

Die Summe der Vermächtnisse beträgt also keine drey Quart des Ganzen, und man könnte daraus schliessen, daß in dem gegebenen Fall keine quarta Falcidia abgezogen werden könnte. Allein das Falcidische Gesetz will, daß jeder Miterbe die Quart übrig behalten soll. Nun haben zwar B. und C. mehr als die Quart übrig. Denn

B. erbt : : : : : : :	4000
Seine Quart also, die ihm übrig bleiben muß, ist :	1000
Er soll aber an Legaten nur zahlen : : :	2000
Folglich behält er übrig : : : :	2000

Und

C. erbt : : : : : : :	4000
Die Quart, die ihm übrig bleiben muß, ist :	1000
Er zahlt an Legaten nur : : : :	1500
Behält also übrig : : : : :	2500

Hingegen

A. erbt : : : : : : :	4000
Die Quart, die ihm übrig bleiben sollte, ist :	1000
Er soll aber an Legaten zahlen : : :	3500
Behält also nur übrig : : : : :	500

Folglich kann A. allerdings die Falcidische Quart seinen legatariis abziehen (* 1). 2) Wenn einem legatario oder fideicommissario Vermächtnisse auferlegt sind: so kann er keine Falcidische Quart abziehen. Z. E. es heißt: A. soll mein Haus als ein Vermächtniß haben; er soll aber dem B. 3500 Rthlr. bezahlen. Der Werth des Hauses aber ist nur 4000; A. behält also, wenn er dem B. 3500 abgiebt, die Quart des Werthes nicht übrig. Kann er die Falcidische Quart abziehen? Nein; denn diese Quart ist zu dem Ende eingeführt, damit die Testamente nicht destituirt werden mögen. Diese Wirkung aber erfolgt nur, wenn ein Erbe die Erbschaft, nicht, wenn ein Legatar das Vermächtniß repudiirt.

(1) *Ioach. Becht. de Bernstorf* diss. de ratione legis Falcidiae in singulis heredibus maxime substitutis ponenda, Goett. 1754.

§. 598. Wie wird sie berechnet?

Der Erbe soll die Quart vom Vermögen des Erblassers bekommen. 1) Will man dieses Vermögen bestimmen: so muß man auf die Zeit des Absterbens sehen; wie viel nemlich das Vermögen damals, als der Erblasser starb, betrug. Hat das Vermögen nachher zugenommen: so ist dieß kein Vortheil

theil für die Legatare; sie leiden aber auch keinen Schaden, wenn das Vermögen abnimmt. Z. E.

Zu der Zeit des Absterbens ist das Vermögen :	12000 Rthlr.
Die sämmtlichen Legate betragen : : : : :	10000 :
Also der Erbe hat die Quart nicht frey, er kann den legatariis abziehen : : : : :	1000 :

Nach des Erblassers Todt gewinnt ein von ihm gekauftes Lotterieloos 3000 Rthlr., der Erbe hat also mit diesem Gewinnst 5000 Rthlr. übrig. Kann er den legatariis noch die 1000 Rthlr. abziehen? Ja. Man nehme hingegen an:

Das Vermögen ist : : : :	12000 Rthlr.
Die legata betragen : : : :	9000 :
Der Erbe hat also die quartam frey, mit :	3000 :

und kann den legatariis nichts abziehen.

Nun brennt ein zur Erbschaft gehöriges Wohnhaus ab, dessen Werth 2000 Rthlr. ist.

Das Vermögen ist also jetzt nur : :	10000 Rthlr.
Die legata betragen : : : :	9000 :
Dem Erben bleibt also die Quart nicht, sondern nur	1000 :

Kann er den legatariis etwas abziehen? Nein; er muß den Schaden tragen. 3) Ehe man die quartam Falcidiam berechnen kann, muß man abziehen: a) sämmtliche Schulden des Erblassers. Denn Vermögen eines Menschen heißt nur das, was er nach Abzug der Schulden hat (bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno). b) Die Leichenkosten. c) Den Werth der Sklaven, welche der Erblasser im Testament freygelassen hat; das heißt, diese kommen gar nicht in Anschlag, wenn das Vermögen festgesetzt wird. d) Die Unkosten, welche der Erbe bey Antretung der Erbschaft gehabt hat, z. E. die Kosten der Obsignation, des Inventars, der Taxation u. d. g. Man nehme also an:

Der Erblasser hat hinterlassen : :		24000 Rthlr.
Seine Schulden betragen : : :	7500 :	
Die Leichenkosten : : : :	300 :	
Kosten der Obsignation, des Inventars ꝛc.	600 :	
Summa der abzuziehenden Posten	8400 :	
Bleibt also wirkliches Vermögen		12000 Rthlr.

Von diesen 12000 Rthln gebührt dem Erben die quarta Falcidia. 4) Wenn man dem Erben diese Quart berechnen will: so darf man ihm nur das ansetzen, was er als Erbe bekommt, nicht aber, was er noch ausserdem, z. E. als ein praelegatum erhielt. A. und B. sind Erben. Das Vermögen besteht in einem Haus, das 2000 Rthlr. werth ist, und 8000 Rthlr. baar. Jeder Miterbe bekommt also 4000 Rthlr. A. aber soll das Haus als ein Prälegat haben. Rechnet man dieses mit an:

So bekommt A. baar : : : :	4000
Den Werth des Hauses : : : :	2000
In Summe	6000
Er soll an Legaten zahlen : : : :	3500
Behält also mehr, als die Quart übrig : :	2500

und kann folglich seinen legatariis nichts abziehen. Allein die Gesetze wollen, daß man das Prälegat nicht mit ansetze, sondern also rechne:

A. bekommt : : : : : :	4000	Rthlr.
Soll an Legaten zahlen : : : :	3500	:
Behält also nicht die Quart, sondern nur :	500	:

§. 599. Wem wird sie abgezogen?

Die Falcidische Quart wird 1) den legatariis abgezogen, und weil 2) die fideicommissa particularia oder singularia den legatis in allen Stücken gleichgesetzt worden sind: so müssen sich auch diese fideicommissarii die quartam abziehen lassen. 3) Auch die donatarii mortis causa leiden einen Abzug, die donatarii inter vivos hingegen nicht. Wenn mir der Erblasser bey seinen Lebzeiten etwas unwiederruflich geschenkt hat: so kann mir der Erbe aus dem Grund, daß er die quartam nicht frey habe, nichts abfordern. Nur in dem einzigen Fall, wenn ein Ehegatte dem andern etwas inter vivos schenkt, und mit Todt abgeht: so muß sich coniux donatarius die quartam Falcidiam abziehen lassen. Denn die Schenkungen unter den Ehegatten sind nicht eher giltig, als bis sie durch den Todt des Schenkenden bestätiget sind. Sie haben also eine Aehnlichkeit mit Vermächtnissen und donationibus mortis causa. Aus diesem Grund hat man sie dem Falcidischen Gesetz, so gut wie jene, unterworfen.

TIT. XXIII.

DE FIDEICOMMISSARIIS HEREDITATIBUS ET AD SCTUM TREBELLIANUM.

§. 600. 601. Uebergang zu dieſer Lehre. Gattungen der Fideicommiſſe.

Was ein Fideicommiß iſt, und wie es ſich von der heredis inſtitutione directa, und dem Legat unterſcheide, haben wir oben ſchon gehört. Wir wiſſen auch, daß die fideicommiſſa entweder univerſalia, oder particularia ſive ſingularia, und worinn beyde unterſchieden ſind. Der gegenwärtige Titel handelt von den Univerſalfideicommiſſen. Man verſteht darunter, wie wir wiſſen, eine Diſpoſition, worinn der Erbe gebeten wird, die Erbſchaft ganz, oder zum Theil wieder einem andern Erben abzutreten. Alſo dieſes Fideicommiß erfordert 1) daß ich einen Erben habe, 2) daß ich demſelben auflege, die Erbſchaft ganz, oder zum Theil zu reſtituiren, und zwar 3) durch eine Bitte (verbis precativis); 4) daß der, welchem ſie reſtituirt wird, ſie titulo univerſali bekomme. Nemlich bey einem jeden Univerſalfideicommiß iſt der, welchem die Erbſchaft ganz, oder zum Theil abgetreten werden ſoll, ein Erbe, *ſucceſſor univerſalis*. (§. 482. §. 552.) Hingegen bey dem fideicommiſſo particulari oder ſingulari iſt der, welcher es erhält, nur ein *ſucceſſor ſingularis*, kein Erbe. Da der Unterſchied zwiſchen einem ſucceſſore univerſali und ſingulari beträchtlich iſt: (§. 552.) ſo ſind auch die Univerſalfideicommiſſe von den ſingularibus oder particularibus ſehr verſchieden.

Noch einige Anmerkungen habe ich zu machen. Die erſte iſt: man wird vielleicht nicht begreifen können, wie die Römer auf die Fideicommiſſe gekommen ſind. Warum ſetzte man einen zum Erben ein, und bat ihn die Erbſchaft wieder abzutreten? Warum bat man einen etwas zu thun, das man ihm befehlen konnte? Ich will zur Beantwortung dieſer Frage die Veranlaſſungen der Fideicommiſſe erzählen. 1) Nicht wenige Perſonen waren unfähig, zu Erben ernennt, oder mit legatis bedacht zu werden, denen man doch gleichwohl etwas von ſeiner Erbſchaft zuwenden wollte. Z. E. in Rom hielten ſich immer viele Fremde (Nichtbürger) auf. Dieſe konnten weder zu Erben eingeſetzt werden, noch Vermächtniſſe erhalten. (§. 484. §. 558.) Und doch kann man ſich leicht vorſtellen, daß mancher Römer mit einem Fremden Freundſchaft errichtet, und daher gewünſcht haben wird, ihm etwas hinterlaſſen zu dürfen. Man bediente ſich zu dieſem Zweck der Fideicommiſſe; bat nemlich ſeinen Erben, an dergleichen Perſonen etwas abzugeben, weil man es nicht be-

fehlen durfte (*1). 2) Verschiedene Personen sind nicht befugt, ein Testament zu machen, und legata zu verlassen. (§. 492. u. f. f. §. 557.) Wollte ein solcher Mensch aber doch gern einen letzten Willen errichten: so bediente er sich eines Fideicommisses; er bat seine Intestaterben, nach seinem Todt etwas zu thun, zu bezahlen u. s. w. 3) Zuweilen erlaubte die Ehrerbietung gegen den Erben nicht, daß man ihm etwas befahl. Man bat ihn also darum. 4) Ein heres directus konnte nicht ex die certo, auch nicht in diem certum ernennt werden. (§. 491.) Wollte ich also haben, daß mein Erbe die Erbschaft nur eine zeitlang, z. E. nur lebenslang behalten, dieselbe aber nachher einem andern zufallen sollte: so konnte ich dieß nicht befehlsweise verordnen; ich mußte den Erben bitten, die Erbschaft nach Verlauf der bestimmten Zeit abzutreten. (§. 606.)

Zweyte Anmerkung. Die alten Römer gebrauchten bey der directen Erbeseinsetzung solche Worte, die einen Befehl ausdrückten (verba imperativa). Bey der fideicommissarischen aber solche, die eine Bitte enthielten (verba precativa). Allein in neuern Zeiten wurde dieß nicht mehr beobachtet. Verba imperativa, z. E. iubeo, impero, wurden auch bey Fideicommissen gebraucht (*2); und so ist es auch heutigestages. Bey Fideicommissen sind verba imperativa eben so gewöhnlich, und noch gewöhnlicher, als precativa.

Dritte Anmerkung. Worinn besteht denn die practische Wirkung dieses Unterschiedes zwischen einem herede directo und fideicommissario? Sie ist dreyfach: 1) der heres directus kann die vacante Erbschaft occupiren, der fideicommissarius der Regel nach nicht; er muß warten, bis sie der heres directus antrit, und ihm restituirt. Eine Ausnahme kommt §. 615. vor. 2) Der heres directus kann nur in einem Testament, der fideicommissarius aber auf dreyerley Art ernennt werden. (§. 605) 3) Der heres directus acquirirt die Erbschaft erst durch die Antretung, bey dem fideicommissario aber ist diese Handlung nicht nothwendig (*3).

(1) *Heinecc.* ad L. Iul. et Pap. Popp. lib. 2. cap. 6. §. 1. p. m. 192. lib. 3. cap. 9. §. 7. p. 440.
(2) *Vinn.* ad §. ult. I. de sing. reb. per fid. relict.
(3) L. 46. D. ad SCt. Trebell. *Struv.* ex. 36. th. 45. *Bachov.* ad *Treutl.* vol. 2. disp. 14. th. 8. lit. A.

§. 602. Personen bey den Fideicommissen.

Bey einem Fideicommiß kommen drey Personen vor. 1) Der, welcher seinen Erben bittet, die Erbschaft ganz, oder zum Theil abzutreten. Dieser heißt *fideicommittens*. 2) Der, welcher zum Erben ernannt, und gebeten wird,

wird, sie ganz, oder zum Theil wieder abzutreten. Er heißt *heres fiduciarius*, weil der fideicommittens das Vertrauen (fiduciam) zu ihm gehabt hat, daß er seine Bitte erfüllen werde (*1). Endlich 3) der, welchem die Erbschaft ganz, oder zum Theil abgetreten werden soll, und dieser wird *heres fideicommissarius* genennt. Merkwürdig ist der Satz im Paragraph: heres fiduciarius manet heres etiam facta restitutione. Wenn ich gleich die mir zugefallene Erbschaft an einen fideicommissarischen Erben abgetreten habe: so bin ich doch noch Erbe; höre nicht auf Erbe zu seyn. Die Folgen dieser Regel werden sich §. 609. zeigen.

(1) Dieser Fiduciarerbe ist kein blosser usufructuarius, sondern die Erbschaft ist bis auf die Zeit, da er sie herausgeben muß, sein eigen. L. 15. de aur. arg. leg. *Vinn.* ad pr. I. de usufr. n. 6.

§. 603. Ausdrückliche und stillschweigende Fideicommisse.

Die Fideicommisse sind entweder ausdrückliche oder stillschweigende. Ausdrückliche heissen, wenn der Testator mit deutlichen Worten seinen Erben ersucht, die Erbschaft ganz, oder zum Theil an einen andern abzutreten (ut *restituat* hereditatem). Stillschweigende, wenn der Testator den Fiduciarius um etwas bittet, oder ihm etwas befielt, das eine Abtretung der Erbschaft implicite in sich faßt; z. E. wenn der Testator sagt: ich setze den A zu meinem Erben ein, ich will aber, daß er von der Erbschaft nichts veräussere, sondern sie seiner Familie hinterlasse. Denn dieses Hinterlassen geschieht vermittelst der Abtretung (mediante restitutione). Oder: ich setze den A zum Erben ein, und will, daß er nicht eher ein Testament mache, als bis er Kinder gezeugt hat. Denn dieß erklärt man so, als ob ich dem A aufgegeben hätte, im kinderlosen Fall die Erbschaft seinen nächsten Intestaterben zu hinterlassen. Oder: ich ernenne den A zu meinem Erben, und verordne, daß er den B zu seinem Erben einsetze. Das heißt so viel, als ich will, daß A meine Erbschaft lebenslang geniessen, bey seinem Absterben aber dem B abtreten soll.

§. 604. Regeln von den Fideicommissen.

1) In den ältern Zeiten war es, um ein Fideicommiß hinterlassen zu können, nicht nöthig, daß man testiren konnte, sondern gerade die Personen, welche keine Testamentifaction hatten, suchten sich durch Fideicommisse zu helfen. Allein die neueren Gesetze änderten dieß, und verordneten, daß niemand fideicommittiren sollte, der nicht testiren könne. 2) Alle Arten von Erben können mit Fideicommissen beschwert werden, Testament- und Intestaterben; Civil- und Prätorische Erben; heredes directi und fideicommissarii, das heißt, ich kann meinem Erben A. befehlen, daß er die Erbschaft an den B. restituire,

und dem B, daß er sie dem C. abtrete ꝛc. ꝛc. Justinian schränkt zwar diese Fideicommisse bis auf vier Grade ein. Ich kann sagen:

Erster Grad — A soll mein Erbe seyn, und die Erbschaft dem B restituiren.
Zweyter Grad — B dem C.
Dritter Grad — C dem D.
Vierter Grad — D dem E.

Weiter kann ich nicht gehen; dem E kann ich die Restitution der Erbschaft nicht injungiren. Allein diese Verordnung wird in Deutschland nicht beobachtet. Die Familienfideicommisse, die bey uns sehr frequent sind, dauern, so lang die Familie existirt. Wenn z. E. der Testator sagt: mein Landgut soll zu ewigen Zeiten als ein Fideicommiß bey meiner Familie bleiben: so behält das Gut die Fideicommißqualität, so lange jemand von der Familie vorhanden ist (*1). 3) Wer als directer Erbe eingesetzt werden kann (quocum testamentifactio passiva est), der kann auch fideicommissarischer Erbe seyn. Nach dem alten Römischen Recht war dieß anders. Jemand konnte fideicommissarischer Erbe werden, dem man directe nichts hinterlassen konnte; und eben in dem Fall, wenn man einen directe nicht einsetzen konnte, suchte man ihm die Erbschaft durch ein Fideicommiß zuzuwenden.

(1) *Rittershus.* ad Nov. 159. n. 4. *Fachineus* lib. 4. cap. 10. *Struv.* ex. 36. th. 20. *Knipschild.* de fideicommiss. famil. cap. 9. n. 104. sqq.

§. 605. Fortsetzung.

Nicht nur meinem Testamentserben, wie ich vorhin (§. 604.) erinnert habe, kann ich injungiren, die Erbschaft zu restituiren, sondern auch den Intestaterben. Die Intestaterben müssen sich ein solches Fideicommiß gefallen lassen; da ich befugt bin noch mehr zu thun, nemlich sie ganz von meiner Erbschaft auszuschliessen. Nur in Ansehung des Pflichttheils darf ich niemand mit einem Fideicommiß beschweren. Dieser muß den Personen, welchen er gebührt, ganz frey (sine ullo gravamine) hinterlassen werden. (§. 473.) Uebrigens kann ein Fideicommiß auf dreyerley Art constituirt werden: 1) in einem Testament, 2) in Codicillen, 3) durch einen mündlichen Befehl an den directen Erben. Wenn nemlich mein Erbe bey mir ist, und ich ihm mündlich auflege, die Erbschaft ganz, oder zum Theil zu restituiren: so ist dieses Fideicommiß giltig; gesetzt auch, daß gar keine Zeugen dabey zugegen waren. Dieß ist in der berühmten L. ult. Cod. de fideicommiss. (VI. 42.) von K. Justinian verordnet worden (*1). Es ist auch nicht nöthig, wie einige Juristen glauben, daß der Erbe dem Testator verspricht, das Fideicommiß zu prästiren, genug, daß es ihm der Erblasser gesagt hat (*2).

(1) Ferd.

(1) Ferd. Christoph Harpprecht hat dieses Gesetz in einer eigenen Abhandlung erläutert, die in seinen tractatibus academicis de successionibus vol. 1. num. 1. und in seinen dissertat. academ. vol. 2. num. 51. steht. Ich merke bey dieser Gelegenheit an, daß zwar alle Abhandlungen, welche in den tractatibus academ. de successionibus (Ulm. 1715. 2. Voll. in 4.) stehen, auch in die Sammlung der Dissertationen (Tübingen 1737. 2. voll. groß 4.) aufgenommen sind; daß aber doch die rechtlichen Gutachten, welche jeder Abhandlung in den tractat. academ. beygefügt sind, in der Dissertationensammlung fehlen.
(2) *Harpprecht* l. c. n. 696. sqq. *Pufendorf* tom. 4. obs. 112.

§. 606. Fortsetzung.

Ein Fideicommiß kann unbedingt, bedingungsweise und von einer gewissen Zeit an hinterlassen werden. Unbedingt: A. soll mein Erbe seyn, aber sogleich die halbe Erbschaft an den B. restituiren. Bedingungsweise: A. soll mein Erbe seyn; wenn er aber keine eheliche Leibeserben hinterläßt: so soll die Erbschaft an B. fallen. Von einer gewissen Zeit an; A. soll mich erben, aber die Erbschaft nur zehen Jahre besitzen und genießen. Nach Verlauf dieser Zeit soll er sie an den B. abtreten. Eine *directa* heredis institutio ex certo die und in diem certum war nicht erlaubt, wie wir oben (§. 491.) gesehen haben.

§. 607. Verbindende Kraft der Fideicommisse.

Die Fideicommisse wurden bittweise verordnet. Eine Bitte legt dem, an welchen sie ergeht, keine vollkommene Verbindlichkeit auf. Daher war auch nach dem alten Römischen Recht ein Erbe, den man gebeten hatte, die Erbschaft zu restituiren, dazu nicht perfecte verbunden. Es hieng von seiner Höflichkeit und Gefälligkeit ab, ob er die Bitte des Fideicommittenten erfüllen wollte, oder nicht (solo pudore ad praestandum fideicommissum adstringebatur). Eben darum heißt auch der Erbe, an den man eine solche Bitte richtete, heres fiduciarius. Man setze nemlich das Vertrauen auf ihn, daß er höflich und uneigennützig genug sey, die Bitte des Erblassers zu erfüllen.

§. 608. Fortsetzung.

Indessen waren manche Erben so höflich und gefällig nicht; man hatte Exempel, daß Erben die Fideicommisse prästirten; aber es gab auch Beyspiele vom Gegentheil; (fideicommissa fluctuabant inter exempla probitatis et perfidiae.) K. August legte zuerst den Fideicommissen eine vollkommen verbindliche Kraft bey. Er verordnete, ein fiduciarius sollte gezwungen seyn, die ihm auferlegte Fideicommisse zu erfüllen, und wieß die Consuln dazu an, den Fideicommißerben zu ihrem Recht zu verhelfen. K. Claudius bestellte zwey besondere Prätoren, welche die Fideicommißprocesse entscheiden sollten, und daher praeto-

res

res fideicommissarii genennt wurden. K. Titus aber glaubte, daß Ein solcher Prätor hinreichend sey.

§. 609. Folgen davon.

Ein heres fiduciarius bleibt Erbe, wenn er auch die Erbschaft restituirt hat. (§. 602.) Er muß daher alle Schulden bezahlen. Bey diesen Umständen aber kann es sich nicht allein zutragen, daß er gar keinen Vortheil von der Erbschaft hat, weil er sie ganz restituiren muß, sondern daß er auch Schaden leidet, wenn er Schulden bezahlen, und doch die Erbschaft gar nicht, oder nur kurze Zeit im Genuß behalten soll. Daher geschah es oft, daß die Fiduciarerben die Erbschaft ausschlugen, und die Testamente destituirt wurden.

§. 610. Von SCto Trebelliano.

Dieser Unbequemlichkeit abzuhelfen, verordnete der Römische Rath unter K. Nero, daß ein Fiduciarerbe, wenn er die Erbschaft restituirt habe, den Gläubigern nicht mehr verhaftet seyn, sondern daß sich diese an den Fideicommißerben halten sollten. Der Fiduciarerbe bleibt zwar noch immer Erbe, auch nachdem er die ganze Erbschaft abgetreten hat. Allein er ist es doch nur dem Namen nach, nudum nomen heredis retinet, der Fideicommissarerbe ist *loco heredis*, wie §. 3. I. h. t. sagt. Diese Verordnung heißt SCt. Trebellianum. Die Gläubiger konnten zwar noch gegen den fiduciarium klagen; er konnte sich aber mit der exceptione SCti Trebelliani schützen.

§. 611. Vom Pegasiano.

Nun war also der fiduciarius gegen allen besorglichen Schaden gesichert. Allein es konnte doch noch immer geschehen, daß er keinen Vortheil von der Erbschaft hatte, wenn er sie nemlich sogleich und ganz herausgeben mußte. Daher repudiirten noch immer viele Fiduciarerben die ihnen angefallenen Erbschaften, und die Absicht des Gesetzgebers wurde nicht erreicht. Allein unter Vespasian machte der Senat ein zweytes Gesetz, SCt. Pegasianum. Dieses verordnete, daß a) ein Fiduciarerbe nie mehr, als drey Quart von der Erbschaft restituiren sollte; b) und wenn ihm auch mehr zu restituiren auferlegt würde: so sollte er doch befugt seyn, eine Quart zurück zu behalten (*1). Gesetzt aber c) daß er dieses Vortheils ungeachtet repudiiren wollte, weil er die Erbschaft dem Fideicommißerben nicht gönnte, oder weil er glaubte, daß sie nicht solvendo sey: so sollte er gezwungen werden, die Erbschaft anzutreten (*2), und sie ganz ohne allen Abzug zu restituiren.

(1) Diese Quart hieß quarta Falcidia. Denn das SCt. Pegasianum hatte eigentlich nur das Falcidische Gesetz auf die Fideicommisse ausgedehnt. *Contius* lib. 2. lection. cap. 4. in opp. p. 81. et lib. 1. cap. 3. disp. pag. 139.

(2) Oder

(2) Oder richtiger: die Erbschaft wurde in contumaciam für angetreten gehalten. *Vinn.* l. c. n. 3.

§. 612. Fortsetzung.

Wenn also ein Erbe die Quart frey hatte, es war ihm z. E. nur aufgegeben, die Hälfte, ein Drittel der Erbschaft zu restituiren: so gab er heraus, was er herausgeben sollte, und bezahlte die Schulden pro rata. Z. E. wenn er ein Drittel der Erbschaft abgetreten, und zwey Drittel behalten hatte: so zahlt er auch zwey Drittel an den Schulden, und der Fideicommissarius ein Drittel. Wenn hingegen ein Erbe die Quart nicht frey hatte: so zog er sie vermöge des SCti Pegasiani ab, und machte einen Vertrag mit dem Fideicommissarius, daß dieser die Schulden zu drey Quart übernehmen wolle. Dieser Vertrag war nichts anders, als die stipulationes partis et pro parte, welche zwischen dem Erben und dem legatario partiario eingegangen wurden. (§. 568.) Schloß der Fiduciarius dergleichen Vertrag nicht: so mußte er alle Schulden bezahlen (* I).

Vinnius ad §. 5. et 7. h. t. hat dieses vortrefflich erläutert. Man sehe auch *Brenkmann* de eurematicis, cap. II.

§. 613. Justinians Verordnungen.

Justinian erklärte 1) diese Verträge für unnöthig; 2) bestätigte er die Verordnungen des SCti Trebelliani und Pegasiani; legte aber 3) beyden zusammen den Namen SCtum Trebellianum bey; (explosoSCto Pegasiano omnem auctoritatem Trebelliano attribuit.)

§. 614. Von der quarta Trebellianica.

Der Fiduciarius kann also, so bald er mehr, als drey Viertel der Erbschaft restituiren soll, einen Abzug machen; kann den vierten Theil zurück behalten. Dieses Viertel heißt bey den Römischen Juristen Falcidia, wie ich vorhin schon bemerkt habe; (§. 611.) die neueren aber nennten es Trebellianicam. Auch wenn der fiduciarius aus Irrthum geglaubt hat, diese quarta sey ihm frey, und mehr als drey Quart restituirt hat: so kann er das zuviel abgetretene zurück fordern. Z. E. Der Fiduciarerbe glaubt, die Erbmasse sey 12000 Rthlr. stark, er restituirt also 9000. Nun zeigt sich, daß die Erbmasse nur 10000 Rthlr. stark ist, daß er also zuviel restituirt habe. Dieses überzahlte kann er zurück fordern. In die Trebellianische Quart wird übrigens alles angerechnet, was der Fiduciarerbe vom Testator erhalten hat, Legate, donationes mortis causa u. d. gl (* I). Auch die von der Erbschaft nach deren Antretung genossene Früchte muß er sich zu drey Quart anrechnen lassen. Wenn nemlich der Fiduciarerbe die Erbschaft nicht sogleich, sondern

erst nach einiger Zeit restituiret, und die genossene Früchte die Trebellianicam ausmachen oder übersteigen: so kann er nichts abziehen; doch werden ihm nur die Früchte angerechnet, welche er von drey Vierteln der Erbschaft gezogen hat, oder welches einerley ist, man rechnet ihm $\frac{3}{4}$ der gezogenen Früchte an, die übrige Quart wird ihm nicht angesetzt (*3). Z. E.

Die Erbmasse ist	12000 Rthlr.
Also quarta Trebellianica	3000 "
Die genossene Früchte machen aus	6000 "
Also drey Quart derselben	4500 "

Da diese drey Quart mehr, als die Trebellianica betragen: so kann der Fiduciarius nichts abziehen, sondern muß die ganze Erbmasse mit 12000 Rthlr. restituiren. Man nehme hingegen an

Die Erbmasse sey	12000 Rthlr.
Die quarta Trebellianica	3000 "
Die genossene Früchte betragen nur	2000 "
Also drey Quart davon	1500 "

Jetzt kann der Erbe noch 1500 Rthlr. von der Erbmasse abziehen, um die quartam Trebellianicam mit 3000 Rthlr übrig zu behalten. Bey der quarta Falcidia ist es, wie wir oben gehört haben, anders; denn in dieser wird dem Erben nur das angerechnet, was er als Erbe bekommen hat.

Die Anmerkung sagt: nur der directe Erbe, wenn er die Erbschaft restituiren soll, ist befugt, die quartam Trebellianicam abzuziehen. Wenn der fideicommissarius die Erbschaft auch wieder restituiren soll: so kann er nichts abziehen. Z. E. es heißt

A. soll mein Erbe seyn, und die Erbschaft lebenslang genießen.

Nach dessen Todt soll sie an B. fallen; auch dieser soll sie lebenslang behalten und genießen.

Nach seinem Todt aber soll sie C. haben.

In diesem Fall zieht zwar A. die quartam ab; aber B. muß alles, was er bekommt, ohne Abzug an den C. restituiren. Die Ursache ist leicht einzusehen. Die Trebellianica ist eingeführt, damit die Testamente nicht destituirt werden sollen. Diese Wirkung kann erfolgen, wenn der heres directus A. repudiirt, aber nicht, wenn der fideicommissarius B. die Erbschaft ausschlägt. Daher hat man, nur um den A. zu bewegen, daß er nicht repudiire, ihm den Abzug der quartae verstattet; dem B. aber dergleichen zu erlauben, dazu war kein Grund vorhanden.

(1) Diese Meynung ist in der Praxis angenommen, ob sie gleich den Römischen Gese-

Gesetzen offenbar zuwider ist, wie *Bach* diss. de his, quae imputantur in quartam fiduciarii, §. 7. in opusc. pag. 456. und schon vor ihm *Vallius* ad L. 91. D. ad L. Falcid. in thesaur. Ott. tom. 1. pag. 437. sqq. gezeigt hat. Man s. L. 91. D. ad L. Falcid. und L. 24. C. famil. herciſc. auch *Schacher* diss. ad rescript. Dioclet. et Maxim. in L. 24. C. famil. herciſc. §. 13. p. 23.

(2) *Ludewig* diss. de Trebellianica exule in fideicommiss. fructuar. cap. 3. §. 4. *Georg Ludw. Boehmer* diss. de legatis ex fideicommisso praestandis, §. 5. in elect. iur. civ. vol. 1. p. 226.

§. 615. Die Verträge zwischen dem Fiduciar- und Fideicommissarerben sind unnöthig.

Nach den neuen Gesetzen sind also 2) die Activ- und Paßivschulden ipso iure zwischen dem Fiduciarius und Fideicommissarius vertheilt, so, daß keine Verträge darüber mehr nöthig sind. Der Fiduciarius bezahlt, wenn er drey Quart restituirt, nur ein Viertel der Schulden, die drey andern Viertel fallen auf den Fideicommissarius. Auch die Vermächtnisse werden vom fiduciario und fideicommissario pro rata bezahlt (* 1). Nur muß jenem die quarta frey bleiben. 3) Wenn der Fiduciarerbe nicht antreten will: so kann er dazu gezwungen werden. Indessen ist dieß nach der Nov. 1. nicht einmal nöthig. Denn wenn sich der Fiduciarerbe weigert, anzutreten: so kann es der Fideicommissar selbst und unmittelbar thun.

(1) L. 2. C. ad SCt. Trebell. l. c. §. 3. p. 221.

TIT. XXIV.

DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSM RELICTIS.

§. 616. Vom fideicommisso singulari.

Was fideicommissum singulare oder particulare sey, und wie es sich vom universali unterscheide, habe ich schon bey dem 552. und 661. §. gezeigt. Es wäre unnütze Wiederholung, wenn ich es hier noch einmal sagen wollte.

§. 617. Es ist den legatis gleich gemacht worden.

Wir haben auch schon im Titel de legatis §. 555. gehört, daß die legata und fideicommissa singularia durch die neueren Gesetze in allen Stücken einander gleich gemacht worden sind. Der einzige Unterschied ist geblieben; wenn ich einem Sklaven die Freyheit als ein legatum hinterlasse, das heißt, wenn ich selbst den Sklaven im Testament für frey erkläre: so ist der Sklav dem Erben keine iura patronatus schuldig. Wenn ich aber dem Sklaven die Freyheit durch ein Fideicommiß gebe, das heißt, wenn ich meinem Erben, aufgebe den Sklaven frey zu lassen: so ist der Erbe Patron, und hat über den Frey-

gelassenen die Patronatsrechte. Viele (* 1) suchen auch noch darinn einen Unterschied der Legate und Fideicommisse: sie sagen, Legate kann man einem nur im Testament und in Codicillen hinterlassen; hingegen Fideicommisse können auch ohne Zeugen bey dem Erben mündlich verordnet werden. Allein, da Justinian Legate und Fideicommisse einander in allen Stücken gleich gesetzt hat; auch die in dem §. ult. Inst. de fideic. hered. angeführte Ursache, *ne depereat ultima voluntas testatoris, fidei heredis commissa*, allgemein ist: so ist dieser Unterschied ungegründet (* 2). Wenigstens wird in der Praxis nicht darauf gesehen (* 3).

(1) *Franzk.* ad §. fin. I. de fideic. *Sande* lib. 4. tit. 5. def. 18. *Faber* de error. pragmaticor. dec. 67. error. 7. *Huber* praelect. h. t. n. 3.
(2) *Pantschmann* lib. 2. quaest. 7. *Sichard* ad L. fin. C. de fideic. n. 13. *Harpprecht* de remed. L. ult. C. de fideic. cap. 6. th. 8. n. 1128. sqq.
(3) *Carpzov.* part. 3. c. 8. d. 40. *Philippi* us. pract. Instit. lib. 3. eccl. 102.

TIT. XXV.

DE CODICILLIS.

§. 618. Uebergang zu dieser Lehre.

Wenn ich einen letzten Willen erkläre: so ernenne ich entweder einen directen Erben, oder ich verordne etwas anders. Im ersten Fall habe ich ein **Testament**, im letzten aber ein **Codicill** (codicillos oder codicillum) errichtet.

§. 619. Geschichte der Codicille.

Codicilli hiessen bey den Römern Billets, Briefe, die ich an jemand schreibe, welcher an demselben Ort mit mir wohnt. Darauf gründet sich das freylich etwas gesuchte, und also wohl nicht aus dem Herzen geflossene Compliment, das Seneca am a. O. seinem Freunde macht: du bist mir so gegenwärtig, ich sehe dich, höre dich, daß ich nicht weiß, ob ich einen Brief oder ein Billet an dich anfangen soll.

§. 620. Fortsetzung.

Dergleichen Codicille schrieben denn auch die Sterbenden an ihre Erben, und ersuchten sie darinn, dieses und jenes zu thun, zu bezahlen u. s. w. Sie waren in der gewöhnlichen Briefform abgefaßt, und heissen daher auch zuweilen epistolae, epistolae fideicommissariae.

§. 621.

§. 621. Fortsetzung.

So wie aber die Fideicommisse keine verbindliche Kraft hatten: so wurde auch ein Erbe durch dergleichen Codicille nicht verpflichtet. Allein in den neuern Zeiten erhielten die Codicille mehr Ansehen. Die Veranlassung war folgende: L. Lentulus machte in Rom ein Testament, worinn er seine Tochter und den K. August zum Erben ernennte. Darauf gieng er nach Afrika als Proconsul, und schrieb ein Codicill, worinn einige Fideicommisse für den Kayser, und legata für die Tochter enthalten waren. Er starb; August bezahlte die Fideicommisse, und die Tochter die ihr auferlegten legata. Aber August berief zugleich die berühmteste Rechtsgelehrten, und fragte sie: ob es nicht rathsam sey, solchen in Codicillen enthaltenen Verordnungen durch ein Gesetz verbindliche Kraft zu ertheilen? Trebatius Testa bejahete die Frage aus dem Grund, weil zuweilen Römische Bürger auf der Reise an Orten stürben, wo sie keine sieben Bürger zu Zeugen bekommen, also kein Testament machen könnten. Indessen findet man nicht, daß August eine solche Verordnung gegeben habe. Nicht lange hernach machte der berühmte Jurist Labeo auch Codicille, und seitdem zweifelte niemand mehr, daß diese Art von Willensverordnungen verbindlich sey. Die Juristen setzten also gewisse Regeln für die Codicille fest. K. Constantin verordnete in der L. 1. Cod. Theodos. de testam. daß man fünf, oder nach Beschaffenheit der Umstände, sieben Zeugen bey Codicillen, die an die Intestaterben giengen, (codicillis ab intestato factis,) zuziehen solle. Theodosius der Jüngere aber setzte in der L. 21. Cod. de testam. fest, daß in allen Codicillen fünf Zeugen zugegen seyn, unitas actus beobachtet werden, und (wenn es schriftliche Codicille sind) die Zeugen unterschreiben sollten.

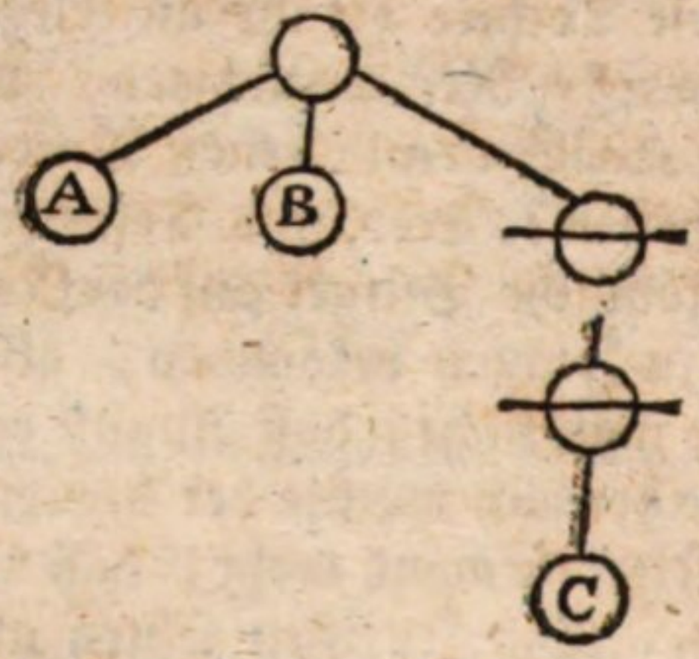
§. 622. Was sind die Codicille?

Die Codicille sind ein letzter Wille, worinn etwas anders, als eine directe Erbeseinsetzung enthalten ist, worinn ich ein Legat, ein Fideicommiß anordne, einen Sklaven frey lasse, meinen Kindern einen Vormund bestelle u. d. gl. kurz, irgend etwas verordne, was nicht institutio heredis directi ist.

§. 623. Gattungen derselben.

Die Codicille werden in Rücksicht auf ihre Form in mündliche und schriftliche eingetheilt. Da nemlich die Codicille ein letzter Wille sind; man seinen Willen eben sowohl mündlich, als schriftlich erklären kann: so sind auch die Codicille entweder mündliche, oder schriftliche; wiewohl es etwas sonderbar lautet, von mündlichen Billets zu reden. In Absicht des Erben, an den sie gerichtet worden sind, sind sie entweder codicilli *testamentarii*, oder *ab inte-*

inteſtato. Nemlich Codicille können keine inſtitutionem heredis directi enthalten; ſie ſetzen voraus, daß ſchon ein heres directus vorhanden ſey, und werden an ihn gerichtet. Dieſer heres directus iſt entweder im Teſtament ernennt, oder Inteſtaterbe. Im erſten Fall heiſſen die Codicille: *teſtamentarii*, oder *ad teſtamentum facti*, oder *facto teſtamento.* Im letzten codicilli *ab inteſtato.* Dieſe beyden Gattungen ſind ſehr verſchieden. Denn die codicilli ab inteſtato beſtehen für ſich, das heißt, ihre Giltigkeit hängt nicht von einem Teſtament ab, und verpflichten einen jeden Inteſtat erben. Z. E.



A macht ein Codicill, und legt darinn ſeinem Inteſtaterben, ſeinem Bruder B ein Vermächtniß auf. Dieſer aber ſtirbt vor dem A, folglich wird nun C der Erbe des A. Muß dieſer die im Codicill enthaltene Verordnungen erfüllen? Ja, wenn gleich das Codicill wirklich und ausdrücklich nicht an ihn, ſondern an den B gerichtet iſt. Die codicilli teſtamentarii aber verpflichten nur den Teſtamentserben; wenn das Teſtament beſteht: ſo beſtehen auch die Codicille; geht aber das Teſtament zu Grund: ſo werden auch dieſe Codicille ungiltig. Sie ſind wieder zweyerley: entweder ſind ſie im Teſtament beſtätigt: oder nicht. Die beſtätigten ſind entweder nach, oder vor ihrer Verfertigung beſtätigt. Nach ihrer Verfertigung; z. E. es heißt: ich erkläre auch die Codicille, welche ich vor Errichtung dieſes Teſtaments gemacht habe, hiermit für giltig, und ſie ſollen angeſehen werden, als ob ſie dieſem Teſtament einverleibt wären. Vor ihrer Verfertigung; z. E. ich will auch, daß die Codicille, welche ich nach Errichtung dieſes Teſtaments noch machen werde, giltig ſeyn, und als ein Theil dieſes meines Teſtaments angeſehen werden ſollen.

§. 624. Was kann in einem Codicill verordnet werden?

Wer ein Teſtament errichten kann, iſt auch befugt Codicille zu machen, und wer jenes nicht kann, kann auch dieſes nicht. Aber der Unterſchied des

Teſta-

Testaments und der Codicille ist, daß in jenem ein directer Erbe ernennt werden muß, in diesem aber ein solcher Erbe nicht eingesetzt, auch niemand substituirt und niemand enterbt werden kann. Man kann nicht einmal dem Erben eine Condition vorschreiben. Denn dieses ist im Grund eine ademtio conditionalis, man schließt ihn auf den Fall, daß die Bedingung nicht erfüllt wird, aus (* 1). Hingegen kann man in Codicillen Legate (* 2) und Fideicommisse verlassen, Sklaven manumittiren, einen testamentarischen Vormund bestellen u. s. w. Aber kann denn auch eine Schenkung von Todtes wegen in Codicillen geschehen? Da die Schenkung Acceptation erfordert, (§. 414.) bey Codicillen aber, wie bey jedem letzten Willen, alle Acceptation wegfällt; (§. 441.) so kann in Codicillen keine wahre Schenkung geschehen. Gesetzt indessen, jemand erklärt in einem Codicill, daß er mir etwas schenke. In diesem Fall gilt, wie die Juristen behaupten, die Schenkung als ein Legat oder Fideicommiß (* 3).

(1) *Reinharth* ad *Christin.* vol. 4. obs. 43.
(2) *Cocceii* iur. controv. tit. de legat. qu. 3. behauptet zwar, in Codicillen könnten keine legata hinterlassen werden. Allein diese paradoxe Meynung ist weder in den Gesetzen gegründet, noch in der Praxis angenommen.
(3) *Zepper* tract. de codicill. cap. 7. n. 87. sqq. Man s. auch *Dan. Faber* diss. de legator. et donat. m. c. differentiis (Goett. 1763.) §. 11.

§. 625. Man kann mehr als ein Codicill machen.

Kein paganus kann, wie wir oben gehört haben, mit zwey Testamenten versterben. Denn im Testament wird ein Erbe, ein successor *in omne ius* defuncti ernennt. Zwey Testamente vertragen sich also nicht miteinander. Hingegen in den Codicillen ist eine solche Erbeseinsetzung nicht enthalten; daher kann jemand mehrere Codicille hinterlassen, und wenn er es thut: so gelten sie alle, wofern sie nur einander nicht widersprechen. Denn wenn dieses ist: so geht das letzte Codicill dem ersten vor; z. E. wenn im ersten Codicill das Wohnhaus dem A vermacht, im zweyten aber es ihm wieder benommen, und dem B vermacht ist: so gilt das zweyte.

§. 626. Feyerlichkeiten derselben.

Die Codicille erfordern, wie Justinian im §. 3. h. t. sagt, keine *sollennitatem ordinationis*. Dieß heißt nicht soviel: sie erfordern gar keine Sollennitäten, sondern Justinian will nur sagen; sie erfordern nicht die Feyerlichkeiten, welche bey einem Testament nöthig sind. Ein Codicill nemlich ist entweder ein öffentliches, oder privates. Oeffentliche Codicille sind, welche sich auf die Auctorität des Landesherrn oder der Obrigkeit gründen. Wenn man diesen ein Codicill schriftlich übergiebt, oder es mündlich in ihrer Gegenwart macht: so

gilt

gilt es ohne alle Sollennitäten. Kurz, es ist hier dasselbe Rechtens, was wir oben §. 443. von den Testamenten gehört haben. Ein Privatcodicill ist entweder ein sollennes, oder nicht sollennes, privilegirtes. Wer nemlich in einem solchen Fall ist, worinn er ein privilegirtes Testament machen kann, der kann auch in diesem Fall ein privilegirtes Codicill errichten. Z. E. wer eine piam causam einsetzen will, kann ohne alle Feyerlichkeiten testiren. (§. 463.) Wer daher einer piae causae etwas in einem Codicill verlassen will, hat auch dazu keine Sollennitäten nöthig. So wie die Testamente der Eltern unter Kindern keine Feyerlichkeiten erfordern: (§. 460.) so auch die Codicille nicht, wenn Eltern darinn unter den Kindern disponiren. Die sollennen Codicille aber erfordern folgende Stücke: 1) unitatem temporis et actus; (§. 444.) 2) Fünf Zeugen, und die müssen 3) ein schriftliches Codicill unterschreiben.

Hierbey ist noch mancherley zu bemerken: 1) daß die Zeugen feyerlich rogirt werden, (wie bey Testamenten geschehen muß, §. 445.) ist nicht nöthig. Auch 2) wird nicht erfordert, daß sie untersiegeln (* 1). Eben so wenig ist 3) die Unterschrift des codicillantis nöthig (* 2). Das aber ist 4) streitig, ob in codicillis testamento confirmatis Zeugen erforderlich sind? Verschiedene Juristen (* 3) behaupten, daß dergleichen Codicille, ohne alle Zeugen, giltig seyen. Sie gründen sich darauf, daß es in der L. 14. pr. D. h. t. heißt: codicilli testamento confirmati würden pro parte testamenti gehalten, und in der L. 2. §. 2. D. h. t. quaecunque in his scribuntur, perinde habentur, ac si in testamento scripta essent. Allein viele andere behaupten das Gegentheil mit nicht verwerflichen Gründen. Sie sagen: in den angeführten Gesetzen wird vorausgesetzt, daß die Codicille auf die gehörige Art vor fünf Zeugen errichtet sind. Wenn dieß ist, dann werden sie als ein Theil des Testaments angesehen; dann ist es wahr, daß ihre Verordnungen eben so giltig sind, als ob sie im Testament enthalten wären (* 4). 5) Wird darüber disputirt: ob Weibspersonen in den Codicillen Zeugen seyn können? Ich halte die verneinende Meynung aus dem Grund für richtiger, weil die Errichtung eines Codicills eine feyerliche Handlung ist, bey dergleichen Handlungen aber Weibspersonen ausgeschlossen sind. (* 5).

(1) *Hert* decis. 677. n. 2.

(2) *Zepper* tract. de codicillis, cap. 8. n. 42. sqq. *Hert.* l. c.

(3) *Donell.* commentar. iur. civ. lib. 7. cap. 17. *Vinn.* ad §. 3. I. h. t. n. 2. *Stryk* caut. testam. cap. 2. §. 12. *I. H. Boehmer* diss. de codicill. absque testibus validis, cap. 1. §. 29. in Ex. ad Pand. tom. 5. p. 132. sqq. *G. L. Boehmer* progr. de quatuor modis conficiendi codicillos, in elect. iur. civ. tom. 1. p. 233. sqq. et in praefat. ad dict. tom. exercit. paternar. *Cramer* obs. iur. univers. tom. 3. p. 443. Nebenst. 44. Th. 106. S. *Walch* controv. p. 232.

(4) *Em.*

(4) *Em. Dunius* de vet. ac novo iure codicillorum (Rom. 1752.) p. 184. sqq. *Mod. Pistor* vol. 1. consil. 44. *Harpprecht* vol. 1. consil. 5. n. 63.
(5) *Reinold* variar. cap. 5. *Walch* controvers. pag. 233.

§. 627. Was ist die Codicillarclausel?

Zuweilen wird den Testamenten eine Clausel angehängt, die man die Codicillarclausel nennt. Sie ist eine Erklärung des Testators, daß dieses Testament, wenn es nicht gelten könne als ein Testament, gelten solle als ein Codicill. Die Gesetze, worinn diese Clausel ihren Sitz hat, sind: *L.* 29. §. 1. *D. de testam.* Ex his verbis, quae scriptura paterfamilias addidit: *hoc testamentum volo esse ratum, quacumque ratione poterit*, videri eum voluisse omni modo valere ea, quae reliquit, etiamsi intestatus decessisset. *L.* 41. §. 3. *D. de vulg. et pup. substit.* Quae ita locum habebunt, si patris testamentum iure valuit; alioquin si non valuit, ea scriptura, quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet, *nisi hoc expressum est.* *L.* 8. *C. de codicill.* (*VI.* 36.) Si testator faciens testamentum, *in eodem pro codicillis etiam id valere complexus sit*, qui hereditatem petit, ab ipsis intentionis exordiis, utrum velit, eligendi habeat potestatem. Die Notarien machen gewöhnlich noch folgende Schnörkel daran: dafern aber dieses mein Testament einiger Ursachen und Mängel halben von Rechtswegen nicht als ein solenner, zierlicher letzter Wille, oder zu Recht beständiges Testament gelten oder kräftig seyn sollte: so will ich doch, daß solches als ein testamentum nuncupativum, Codicill, Fideicommiß, donatio mortis causa, oder wie es sonst immer den Rechten nach am besten geschehen kann, gelten und kräftig seyn soll (* 1). Allein diese Verzierungen sind unnütz; denn gilt das Testament als Codicill: so gilt es auch als Fideicommiß; man braucht also dieß nicht zu sagen. Als *donatio mortis causa* kann es nicht gelten, da es nicht acceptirt ist. Eben so wenig kann es als ein testamentum nuncupativum gelten, wenn es nicht den Zeugen in Gegenwart des Testators vorgelesen worden ist; und ist dieß geschehen: so gilt es als ein nuncupativum, auch ohne daß es der Testator dafür erklärt. Noch eine andere Art, es giltig zu erhalten, giebt es nicht (* 2).

(1) Zuweilen wird sogar hinzugesetzt: wenn dieser letzte Wille nicht gelten kann als ein Testament: so soll er gelten als eine donatio simplex. Dieß hilft gar nichts. *Pufendorf* tom. 4. obs. 189.
(2) *Io. Aug. Hellfeld* diss. de effectu clausulae codicillar. testamento, quod rumpitur, adjectae, cap. 2. §. 19. in opusc. pag. 410. sqq.

§. 628. Was wirkt sie?

Zwey Fragen sind bey dieser Clausel zu beantworten: 1) in welchem Fall ist sie wirksam? 2) Worinn besteht ihre Wirkung?

Was die erste Frage betrift: so unterscheide man folgende drey Fälle: a) wenn das Testament alle Erfordernisse eines Testaments hat: so ist die Clausel überflüßig. b) Hat das Testament nicht einmal die Erfordernisse eines Codicills, z. E. der Testator war blödsinnig oder unmündig, es fehlt an der Einheit der Handlung, es ist nur von drey Zeugen unterschrieben, die Zeugen sind Weibspersonen: so ist die Codicillarclausel vergeblich; das Testament geht dennoch zu Grund. Wenn aber c) das Testament zwar nicht die Erfordernisse eines giltigen Testaments, hingegen doch die Erfordernisse eines Codicills hat: so ist die Clausel wirksam.

Worinn besteht aber ihre Wirkung? Sie macht, daß das Testament als ein Codicill gilt; daß die institutio heredis *directi* in eine institutionem heredis *fideicommissarii* verwandelt wird. Man sieht das Testament als eine an die Intestaterben gerichtete Bitte an, daß sie die Erbschaft antreten, und den Testamentserben nach Abzug der Trebellianischen Quart abtreten möchten (*1).

Es ist sehr darüber gestritten worden: ob die Codicillarclausel bey jedem Testament sich von selbst verstehe; d. i. ob in dem Fall, wenn sie auch nicht beygefügt ist, es doch eben so gut sey, als ob sie im Testament stünde (*2)? Viele haben es behauptet, aber die Gründe derer, die es verneinen, scheinen mir überwiegender (*3), und die angeführten Gesetze, L. 41. §. 3. D. de vulg. et pup. substit. und L. 8. C. de codicill. sind ziemlich deutlich.

(1) Wenn sich zwey Testamente finden, deren erstes alle gehörige Sollennitäten hat, das letzte unvollkommen, aber mit der Codicillarclausel versehen ist: so sieht man das letzte als eine Bitte an, daß der im ersten ernennte Erbe die Erbschaft dem restituiren möge, der im letzten eingesetzt ist; arg. L. 12. §. 1. D. de iniusto, rupt. S. oben §. 454. und *Sam. Stryk* diss. de clausula codicillari, n. 54. sqq. in opp. tom. 1. p. 338.

(2) *Carpzov.* part. 3. c. 4. D. 38. et lib. 6. resp. 7. *Zepper* de codicill. cap. 4. n. 138. sqq. *Franc. Alef.* diss. de otio clausulae codicill. tacite subintellecta, (Ien. 1759.) §. 31. sqq.

(3) *Stryk* de cautel. testam. cap. 23. §. 32. *Lauterbach* colleg. th pr. h. t. §. 17. *Wernher* part. 1. obs. 279. *Walch* controv. p. 235. *Hellfeld* l. c. §. 20. *Henr. Wilh. Schorch* diss. qua claus. codicill. praesumtam non dari adseritur, Erf. 1763.

TIT.

LIB. III. TIT. I.

DE HEREDITATIBUS, QUAE AB INTESTATO DEFERUNTUR.

§. 629. Uebergang zu dieser Materie.

Wir haben oben (§. 437.) gehört, daß das Successionsrecht dreyerley sey. Es gründet sich entweder auf einen Vertrag, oder auf ein Testament, oder unmittelbar auf die Vorschrift der Gesetze. Das erste heißt *ius succedendi pactitium*, und ist im Römischen Recht unbekannt, gehört also in ein System des deutschen Rechts. Das zweyte heißt *testamentarium*. Es ist bisher abgehandelt worden. Endlich das dritte heißt *legitimum* oder *ab intestato*, und dieses soll nun vorgetragen werden.

§. 630. Verschiedenheit der alten und neuen Successionsordnung.

Anders ist das Intestaterbrecht beschaffen nach den alten Römischen Gesetzen, und anders nach der 118. Novelle Justinians. Wir wollen nur also zuerst das alte Recht kürzlich bekannt machen, und dann die neue Successionsordnung der 118. Novelle ausführlicher betrachten.

§. 631. Wer erbte nach altem Recht?

Das Fundament der Intestaterbfolge nach den zwölf Tafelgesetzen war die Verwandtschaft, aber nur die, welche in dem alten Römischen Staat, sobald von positiven Rechten die Rede war, als Verwandtschaft galt, die Agnation. Denn wir haben oben (§. 115.) die Regel gehört: iura agnationis sunt civilia, die Rechte, welche das positive Gesetz den Verwandten giebt, stehen allein den Agnaten, nicht den Cognaten zu. Das Successionsrecht der Verwandten aber ist ein blosses positives Recht, von welchem das Naturrecht nichts weiß. Der Complexus der Agnaten, oder mit einem Wort die Familie, hatte also ein Intestaterbrecht auf die Güter ihrer Mitglieder. Die Cognaten hatten dergleichen nicht; auch die emancipirten Kinder, und wer von ihnen abstammte, erbte nicht mehr, weil man durch die Emancipation von der Familie ausgieng. Unter den Agnaten war eine gewisse bleibende Verbindung, sie hatten einen gemeinschaftlichen Familiennamen, gemeinschaftliche Sacra und Familienbegräbnisse. An allem diesem nahmen die Cognaten keinen Theil. Aus diesem Grund hielten es wahrscheinlich die Decemviren auch für analogischer und billiger, daß nur die Agnaten ab intestato succedirten, und die Cognaten, unter welchen kein solcher nexus civilis war, ausgeschlossen würden.

§. 632. Fortsetzung.

Es succedirten also vorzüglich die *liberi sui*, das heißt, die Kinder und Enkel, die zur Zeit, als der Erblasser starb, in seiner väterlichen Gewalt waren. Sie waren schon bey Lebzeiten des Erblassers durch eine Rechtsfiction Eigenthümer von dessen Vermögen, und setzten nach seinem Todt dieses Eigenthum fort (*1). Daher sagten die Gesetze der 12 Tafeln: si intestato moritur, cui suus heres nec escit, (das heißt erit) agnatus proximus familiam habeto.

(1) Diese Rechtssätze sind sehr gut ins Licht gesetzt in *G. L. Boehmer* diss. de suo herede, cap. I. §. 4. in elect. iur. civ. tom. I. pag. 100.

§. 633. Fortsetzung.

Dieses Successionsrecht stand sowohl den leiblichen, als Adoptivkindern zu. Die Söhne und Töchter (*1) succedirten in Köpfe; die Enkel, Urenkel u. s. w. in Stämme. Was das heißt, wird im §. 682. erklärt werden. Durch die Emancipation aber gieng das Erbrecht völlig verlohren. Doch kam der Prätor den emancipirten Kindern zu Hülfe, und gab ihnen ein Erbrecht unter dem Titel einer bonorum possessionis. Man sehe §. 662.

Die Note sagt: weil eine Frau, welche in manu mariti war, als eine filia familias angesehen wurde: so war sie auch sua heres, und succedirte so gut, als die Kinder.

(1) *Gustav. Hugo* in commentat. de fundamento successionis ab intestato ex iure rom. antiquo et novo, (Goetting. 1785.) §. 6. behauptet, alle Weibspersonen seyen nach den zwölf Tafelgesetzen von der Erbfolge ausgeschlossen gewesen; ein Einfall, der durch unzählige Stellen der Alten, insonderheit auch des Römischen Gesetzbuches widerlegt wird. S. *Ioach. Schwarzkopf* in seiner Abhandlung über eben diese Materie, §. 4.

TIT. II.

DE LEGITIMA AGNATORUM SUCCESSIONE.

§. 634. 635. Wie erbten die Agnaten?

Wenn keine sui liberi vorhanden waren: so succedirten die nächsten Agnaten (*1). Und zwar 1) erbten nach den zwölf Tafelgesetzen die agnatae so gut, als die agnati. In den folgenden Zeiten aber machten die Juristen den Satz geltend, daß die agnatae nur bis auf den zweyten Grad erben sollten, das heißt, wenn ich starb: so erbten meine Schwestern, die mit mir Einen Vater und Eine Mutter, oder wenigstens Einen Vater hatten (sorores germa-

germanae et consanguineae), aber die entfernteren agnatae nicht. Also z. E. meines Bruders Tochter erbte mich nicht, ob ich ihr gleich, wenn sie vor mir starb, succedirte. Der Prätor, welcher auch diesen Satz für unbillig hielt, ließ die entfernteren agnatas durch das edictum unde cognati zur Erbschaft. 2) Die agnati erbten, sie mochten durch wirkliche Procreation, oder durch Adoption mit dem Verstorbenen verwandt seyn. Allein 3) der nähere schloß den entferntern aus. Es hatte also kein Repräsentationsrecht statt; (§. 682.) ja was das sonderbarste war, wenn der nächste Agnat die Erbschaft repudiirte, oder starb, ehe er angetreten hatte? so bekam sie darum der entferntere nicht. Man blieb streng bey den Worten der zwölf Tafelgesetze: Agnatus *proximus* familiam habeto. Fragt man aber: auf wen fiel sie denn in diesem Fall? so sagen einige, auf die gentiles (*[2]); andere (*[3]) glauben, der Fiscus habe sie weggenommen. Der Prätor änderte aber auch dieses; er ließ, im Fall der nächste Agnat repudiirte, oder vor der Erbschaftsantretung starb, den entfernteren zur Erbschaft. (§ 664.) Dieß hat Justinian bestätigt, weil sich das alte Recht auf eine blosse Subtilität und Wortklauberey gründete.

(1) Nach dem §. 5. I. de succeff. cognator. scheint ihr Successionsrecht nur bis auf den zehenden Grad zu gehen. Man sehe aber *Vinn.* ad d. §. n. 4. *Marcil.* et *Ian. a Costa* ibid. p. m. 365. *Averanii* interpret. lib. 1. cap. 13.

(2) *Schulting* ad collat. LL. Mos. et Rom. p. m. 794.

(3) Z. E. *Vinnius* ad §. 7. h. t. *Balduinus*, *Hotomannus* ibid. *Oisel.* ad *Cai.* lib. 2. tit. 8. §. 4.

§. 636. Von der Succession der Eltern.

Ein Vater succedirte seinem Sohn, der noch in väterlicher Gewalt war (filio *suo*) nicht; denn der Sohn hatte nichts eigenes; alles, was er erwarb, gehörte dem Vater. Dem emancipirten Sohn succedirte der Vater nicht als Vater, sondern als *manumissor*, als Patron, und zwar nach Prätorischem Recht, ex edicto unde decem personae. Die Mutter erbte von den Kindern nichts, weil sie eine cognata von ihnen ist; und aus gleichem Grund erbten auch die Kinder von der Mutter nichts. Zuerst hat dieß der Prätor geändert, indem er der Mutter und den Kindern bonorum possessionem ex edicto unde cognati gab. Nachher ist der Mutter durch das SCt. Tertullianum, und den Kindern durch das SCt. Orphitianum auch ein Civilerbrecht ertheilt worden.

TIT. III.

DE SCTO TERTULLIANO.

§. 637. Nach dem Tertullianischen Rathsschluß erbt die Mutter ihre Kinder.

Nemlich das SCt. Tertullianum verordnete, daß eine freygebohrne Mutter, wenn sie das ius trium liberorum, und eine Freygelassene, die das ius quatuor liberorum hat, ihren Kindern, sowohl den unehelichen, als ehelichen, succediren sollte. Also nur die Mutter succedirte, nicht die Großmutter. Diese hat erst Justinian in der 118. Novelle zur Succession gelassen. Wenn die Mutter noch in der väterlichen Gewalt war: so konnte sie die Erbschaft ihrer Kinder, so wie jeder filius, und jede filiafamilias, nicht anderst, als nach vorhergegangenem Befehl ihres Vaters antreten.

§. 638. Doch unter gewissen Einschränkungen.

1) Nicht jede Mutter succedirte, sondern nur die, welche a) drey oder vier Kinder wirklich gebohren, oder b) das ius liberorum vom Kayser erlangt hatte. Denn Weiber, die keine Kinder gebohren hatten, erhielten doch zuweilen vom Kayser aus Gnade die Rechte einer fruchtbaren Frau, kurz, das ius liberorum. 2) Nur alsdenn hatte die Mutter ein Erbrecht, wenn die Kinder ohne Testament starben, und 3) keine Verwandte da waren, welche der Mutter vorgiengen. Denn hinterließ der Verstorbene Kinder oder Enkel, oder einen Vater oder Brüder (fratres germanos aut consanguineos): so schlossen sie die Mutter aus. Waren Schwestern und Brüder des Verstorbenen da: so succedirten diese zusammen, die Mutter aber bekam nichts. Wenn endlich Schwestern allein vorhanden waren: so erbte die Mutter mit ihnen. Justinian hat dieses geändert. Nach seinen älteren Verordnungen succedirt die Mutter, wenn sie auch keine Kinder gebohren hat; sie succedirt mit den Brüdern und Schwestern des Erblassers. Concurrirt sie mit Brüdern: so bekommt sie portionem virilem, das heißt, es werden so viele Theile gemacht, als Personen succediren, und davon erhält die Mutter einen. Wenn sie aber mit Schwestern succediret: so bekommt sie die Hälfte der ganzen Erbschaft. Was Justinian in der 118. Novelle noch weiter in diesem Punct verordnet hat, wird im 692. u. f. f. §§. erklärt werden.

TIT. IV.

DE SCTO ORPHITIANO.

§. 639. Die Kinder erben die Mutter.

Da die Mutter durch das SCtum Tertullianum ein Erbrecht auf das Vermögen der Kinder bekommen hatte: so war es billig, daß auch die Kinder der Mutter succedirten. Denn die Successionsrechte sind der Regel nach wechselseitig, das heißt, wenn mir einer succedirt, wofern ich zuerst sterbe: so succedire ich ihm auch, wenn er zuerst stirbt.

§. 640. Vermöge des Orphitianischen Rathsschlusses.

Dieses Successionsrecht wurde den Kindern durch das SCt. Orphitianum ungefehr 20 Jahre nach dem SCto Tertulliano ertheilt. Es wurde nemlich festgesetzt, daß die Kinder ihre Mutter, sie mochte nun eine Freygebohrne oder Freygelassene seyn, die Kinder mögen eheliche oder uneheliche, in der väterlichen Gewalt oder sui iuris seyn, erben sollen. Dieses Erbrecht gieng auch durch die capitis deminutionem, nemlich minimam nicht verlohren. Denn man hatte die Regel: die Successionsrechte, welche erst durch neue Gesetze ertheilt sind, gehen durch die geringste Capitis Deminution nicht zu Grund.

§. 641. Ausdehnung dieses Gesetzes.

Nur den Kindern, Söhnen und Töchtern gab das SCt Orphitianum ein Erbrecht. Der Kayser Valentinian, Theodosius und Acadius gaben aber in der Folge dieses Recht auch den Enkeln und Enkelinnen.

TIT. V.

DE SUCCESSIONE COGNATORUM.

§. 642. Nach den Agnaten erben die Gentilen.

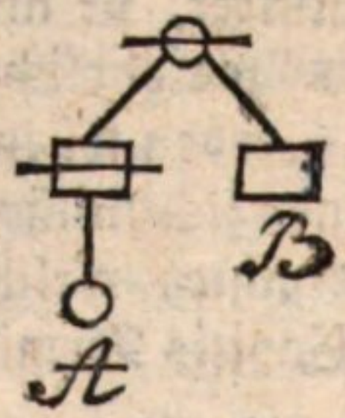
Wenn keine Agnaten vorhanden waren: so succedirten die Gentiles, die Cognaten hatten kein Erbrecht. Gentiles waren, wie wir oben (§. 115.) gehört haben, Personen, welche zwar die Verwandtschaft, aber nicht den Grad derselben beweisen konnten; daher sagen die Gesetze der 12 Tafeln: Si agnatus nec escit, *gentilis* familiam heres nancitor. Sie sagen nicht *gentilis proximus*; denn kein gentilis konnte zeigen, daß er dem Grad nach näher sey,

als ein anderer. Alle gentiles erbten also zusammen. In den neuern Zeiten kam die successio gentilium ab. Wer erben wollte, mußte den Grad der Verwandtschaft zeigen können (* 1). Die ganze Verfassung mit den gentibus war in Unordnung gerathen; man mußte nicht mehr genau, wer alle zu einer gente gehörte; die gentiles hatten den Zusammenhang nicht mehr, wie vor Zeiten, die Verbindung, von der ich vorhin (§. 631.) gesagt habe, hatte bey ihnen aufgehört, und war nur bey den eigentlichen Agnaten geblieben.

(1) *Chladenius* de gentilitate vet. Rom. cap. 6.

§. 643. Auch die Cognaten läßt der Prätor zur Erbschaft.

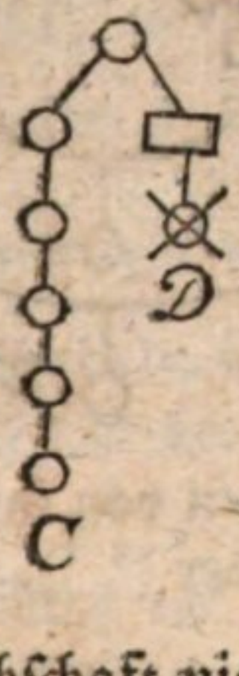
Hingegen rief der Prätor nunmehr auch die Cognaten zur Succession, und mit ihnen die Agnaten, welche die geringste Capitis Deminution erlitten hatten, nemlich emancipirte, oder in Adoption gegebene Kinder. Auch cognati spurii und vulgo quaesiti gelangen durch den Prätor zur Erbschaft, z. E.



wenn gleich A. ein uneheliches Kind ist: so succedirt es doch seiner Tante B. Allein die Cognaten erben nur bis auf den siebenden Grad ausschließlich; das heißt, die im sechsten mit dem Erblasser verwandt sind, succediren; im siebenden Grad succediren nur die sobrino sobrinave nati nataeve, wie §. 5. I. h. t. sagt. Nemlich sobrini heissen hier Nachgeschwisterkinder. Deren Kinder bekommen noch bonorum possessionem, andere Cognaten des siebenden Grades nicht, z. E.

wenn

wenn B. ſtirbt: ſo bekommt A. bonorum poſſeſſionem. Wenn aber



D. ſtirbt: ſo bekommt C. deſſen Erbſchaft nicht, ob er gleich auch im ſiebenden Grad mit dem Verſtorbenen verwandt iſt.

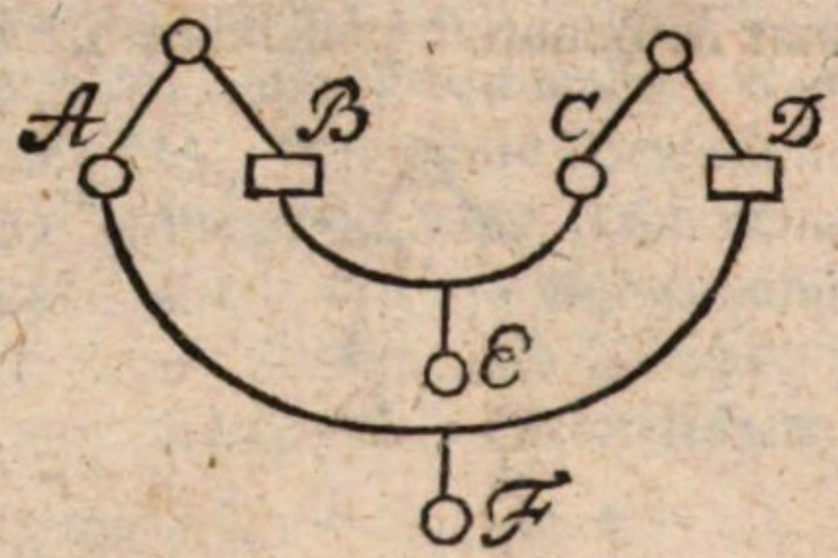
TIT. VI.

DE GRADIBUS COGNATIONUM.

§. 644. Von Zählung der Grade.

Weil aber bey dieſer bonorum poſſeſſione die Grade gezählt werden mußten: ſo ſchaltet hier Juſtinian die Lehre von der Computation der Grade ein. Ich habe aber dieſe Materie im Titel de nuptiis ausführlich erklärt. Noch merkt unſer Autor an, daß in der Succeſſionsmaterie die Canoniſche Zählungsart bey uns nicht gilt; auch daß hier auf den reſpectum parentelae und den Unterſchied zwiſchen der gleichen und ungleichen Seitenlinie nichts ankomme. In Oſtfriesland hingegen ſoll, wie Feltmann am a. O. bezeugt, das Canoniſche Recht recipirt ſeyn.

Gelegentlich will ich hier die im §. 115. aufgegebene Räthſel erklären. 1) Die Schweſter meiner Tante, die nicht meine Tante iſt, iſt meine Mutter. 2) Der Menſch, von dem die Rede iſt, iſt mein Sohn. 3) Das Kind iſt meine Schweſter. 4) Dieß Räthſel erklärt ſich durch folgende Sippſchaftstafel.



Die Weibspersonen B und D können von ihren Kindern E und F sagen, ihre Väter (A und C) sind unsere Brüder (* 1).

(1) S. *Io. Cstph. Koch* de succeſſ. ab inteſt. p. 289.

TIT. VII.

DE SERVILI COGNATIONE.

§. 645. Die Sklavenverwandtschaft wirkt kein Erbrecht.

Die Verwandtschaften der Sklaven (cognationes ſerviles) wirkten zwar ein Hinderniß der Ehe, aber kein Succeſſionsrecht. Cognatio ſervilis nemlich heißt die, welche aus einem contubernio entsteht; wenn ein Sklav mit einer Sklavin in der Ehe lebt, und Kinder mit ihr zeugt. So lang sie in der Sklaverey waren, fiel das Succeſſionsrecht von selbst weg. Wenn aber Sklaven mit ihren Kindern auch freygelaſſen wurden: so hatten sie doch kein Erbrecht im Vermögen der Kinder, die Kinder keins im Vermögen der Eltern, und keines unter sich, weder nach Civil- noch nach Prätoriſchem Recht.

§. 646. Justinians Verordnung.

Justinian hob dieſes auf, und gab den freygelaſſenen Sklaven ein Succeſſionsrecht auf die Verlaſſenschaft ihrer in der Sklaverey erzeugten Kinder; den Kindern auf die Erbschaft der Eltern, und den Geschwistern unter einander. Die Kinder gehen selbst dem Patron in der Succeſſion vor.

TIT. VIII.

DE SUCCESSIONE LIBERTORUM.

§. 647. Der Patron erbt den Freygelassenen.

Nemlich Patron heißt der, welcher einen Sklaven frey läßt. Dieser wurde als der Vater und nächste Agnat des Freygelassenen angesehen, daher succedirte er auch demselben.

§. 648. Gesetz der 12 Tafeln.

Die Gesetze der 12 Tafeln ertheilten ihm schon dieses Successionsrecht. Denn sie sagten in der fünften Tafel: Si libertus intestato moritur, cui suus heres nec escit: ast patronus patronive liberi escint: ex ea familia (nemlich des Freygelassenen) in eam familiam (des Patrons nemlich) proximo pecunia adduitor; (das heißt addicitor) die Verlassenschaft soll aus der Familie des Freygelassenen in die Familie des Patrons vererbt werden, und dem nächsten in dieser Familie zufallen.

§. 649. In welchem Fall erbt der Patron?

Wenn also ein Freygelassener starb: so succedirte 1) der Patron; war er aber schon todt: so succedirten 2) seine Descendenten, und zwar die nächste allein; denn das Repräsentationsrecht fiel weg. Es wurde aber 3) vorausgesetzt, daß der Freygelassene ab intestato starb; denn machte er ein Testament: so konnte er den Patron ausschliessen. Hatte auch 4) der Freygelassene suos heredes: so giengen diese dem Patron vor, weil er nur agnatus war: sui heredes aber die Agnaten ausschliessen.

§. 650. Edict des Prätors.

Der Prätor änderte hierinn verschiedenes. 1) Wenn der Freygelassene keine leibliche Kinder hinterließ: so mußte er den Patron auf die Hälfte seines Vermögens einsetzen; sonst konnte dieser das Testament umstossen, bonorum possessionem contra tabulas suchen. 2) Wenn der Freygelassene Adoptivkinder nachließ, und ab intestato starb: so konnte der Patron ebenfalls die Hälfte der Verlassenschaft fordern.

§. 651. Verordnung des Papisch-Poppäischen Gesetzes.

Das Papisch-Poppäische Gesetz verbesserte das Successionsrecht der Patronen; indem es verordnete, daß jeder Freygelassene, er mochte nun mit einem Testament, oder ohne dergleichen sterben, wenn er weniger als drey Kin-

der, und ein Vermögen von wenigstens 100000 Sestertien hinterließ, dem Patron eine *portionem virilem* lassen solle; das heißt, wenn der Freygelassene z. E. zwey Kinder hatte: so bekam der Patron ein Drittel; hatte der libertus nur Ein Kind: so erbte der Patron die Hälfte des Vermögens. Wenn aber drey Kinder da waren: so bekam der Patron nichts. Betrug das Vermögen keine 100000 Sestertien: so glaubte man zu den Zeiten, da dieses Gesetz gegeben wurde, es sey für den Patron nicht der Mühe werth, mitzuerben.

§. 652. Justinians Verordnung.

Justinian aber verordnete, daß man folgender Gestalt distinguiren solle: entweder hinterläßt der Freygelassene Kinder, oder nicht. Im ersten Fall succediren diese. Im letzten aber ist entweder der libertus wenigstens 100 aureos reich (centenarius est), oder nicht. Hat er 100 aureos im Vermögen: so succedirt der Patron nicht nur ab intestato, sondern der libertus muß ihm auch im Testament den dritten Theil des Vermögens hinterlassen. Hat er hingegen keine 100 aureos: so succedirt der Patron zwar ab intestato, aber durch ein Testament kann er ausgeschlossen werden (* 1).

(1) Wer mehr von dem Successionsrecht des Patrons wissen will, findet es in *Heineccii* commentar. ad L. Iul. et Pap. Popp. lib. 2. cap. 22.

TIT. IX.

DE ADSIGNATIONE LIBERTORUM.

§. 653. Was ist die Assignation eines Freygelassenen?

Nicht nur der Patron, sondern auch seine Kinder hatten ein Successionsrecht im Vermögen des Freygelassenen. Dieses Recht aber wurde zuweilen durch die Assignation des Freygelassenen eingeschränkt. Nemlich ein Patron, der mehrere Kinder, z. E. drey Söhne A. B. und C, und mehrere Freygelassenen, z. E. X. Y. Z. hinterließ, assignirte zuweilen jedem Kind seinen eigenen Freygelassenen, dem Sohn A. den Freygelassenen X, dem B. den Y und dem C. den Z. Nun hatte A. allein über den X. das Patronatrecht u. s. w.

§. 654. Wirkung derselben.

Daraus folgte dann, 1) daß nun auch A. und seine Kinder allein dem Freygelassenen X., der B. und seine Kinder allein dem Freygelassenen Y u. s. w.

u. ſ. w. ſuccedirten. 2) Die Brüder B. und C. hatten nur alsdenn ein Succeſſionsrecht auf die Verlaſſenſchaft des X, wenn A. keine Kinder hinterließ, u. ſ. w.

TIT. X.

DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

§. 655. Veranlaſſung der Bonorum Poſſeſſion.

Eine practiſchere und nützlichere Materie, als die bisherigen. Das Succeſſionsrecht gründet ſich entweder auf die bürgerlichen Geſetze, oder auf des Prätors Edict. Wir haben bisher das bürgerliche Erbrecht abgehandelt, dieſer Titel ſpricht vom Prätoriſchen. Der Prätor fand, daß das alte Römiſche Recht in manchen Stücken dunkel, unvollſtändig, oder unbillig war. Er nahm ſich daher die Freyheit, es zu erklären, zu ergänzen und zu corrigiren. Inſonderheit gab er auch vielen Perſonen ein Erbrecht, die nach den Civilgeſetzen dergleichen nicht hatten. Weil er aber dazu wirklich nicht berechtiget war: ſo verſteckte er ſich hinter ein Wort. Er nennte das Erbrecht, welches er ertheilte, nicht ius hereditarium, nicht ius ſuccedendi, ſondern *bonorum poſſeſſionem*. Die neueren Geſetzgeber ahmten den Prätor nach, und gaben unter demſelben Namen manchen Perſonen ein Erbrecht, welche nach den alten Geſetzen keines hatten.

§. 656. Erklärung derſelben.

Bonorum poſſeſſio iſt alſo ein Recht, welches der Prätor, oder ein neues Geſetz nach des Prätors Muſter auf eine Verlaſſenſchaft ertheilt, und welches in den ältern Geſetzen unbekannt iſt. Ich ſage, es iſt ein Recht auf eine Erbſchaft. Dieſes Recht beſteht (S. die 42. Tabelle) entweder in einem wirklichen Succeſſionsrecht, in dem Recht, eine Erbſchaft zu haben und zu behalten, das nur den Namen *ius hereditarium*, *ius ſuccedendi* nicht führet, oder es iſt nur das Recht, eine Verlaſſenſchaft, auf die ich ein vermuthliches Erbrecht habe, zu beſitzen, und die Alimente daraus zu ziehen, ſo lang, bis ein jetzt zweifelhafter Umſtand auſſer Zweifel geſetzt werden wird. Im erſten Fall heißt ſie bonorum poſſeſſio *edictalis*, im zweyten *decretalis*. Z. E. wenn der Prätor den emancipirten Kindern bonorum poſſeſſionem giebt: ſo iſt es eine edictalis. Denn ſie bekommen ein wahres Erbrecht, das in ſeinen Wirkungen vom iure hereditario civili gar nicht verſchieden iſt. Wenn aber jemand ſtirbt, und eine ſchwangere Wittwe vorhanden iſt, deren noch ungebohrnes Kind,

wofern es schon gebohren wäre, des Verstorbenen Erbe seyn würde: so bekommt die Wittwe, der venter, wie die Römische Juristen sagen, bonorum possessionem *ventris nomine*, um die Alimente zu ziehen, so lange bis man sieht, ob sie ein lebendiges Kind zur Welt bringt. Man bestellt aber zugleich einen Curator, welcher ein Inventarium über die Erbschaft macht, das Vermögen verwaltet, und der Wittwe alles Nöthige, Essen, Trinken, Kleidung, Bedienung, Wohnung ꝛc. verschafft; *curatorem ventris*. Dieß ist die erste bonorum possessio decretalis (*1). Eine zweyte hat in folgendem Fall statt. Wenn einer stirbt, und ein unmündiges Kind hinterläßt, welches bisher von jedermann für sein wirkliches eheliches Kind ist gehalten worden, dem aber jetzt die Verwandte quaestionem status machen: so kann dieses Kind bitten, daß man es in den Besitz des väterlichen Vermögens setze, bis es mündig ist, und sich erbieten, nach erreichter Mündigkeit den Proceß mit den Verwandten auszumachen. Diese bonorum possessio heißt *ex edicto Carboniano* (*2).

(1) Man s. davon *Stryk* tract. de succeff. ab intest. diff.

(2) Ich habe die Definitionen der bonorum possessionis edictalis und decretalis angenommen, welche Herr Canzler Koch tract. de succeff. ab intest. §. 122. giebt. Nach diesen Erklärungen ist auch die bonorum possessio, welche der Curator eines Blödsinnigen bekommt, (§. 543.) eine decretalis.

§. 657. Eintheilung in ordinariam und extraordinariam.

Die edictalis gründet sich entweder a) in dem Edict des Prätors, oder b) in einem neuen Gesetz; einer neuen lege, einem neuen Senatusconsult, einer Kayserlichen Verordnung. Jene heißt *ordinaria*, diese *extraordinaria*. Z. E. Der Prätor giebt dem Ehegatten ein Erbrecht, wenn der verstorbene Ehegatte keine Verwandte hinterläßt. Dieß ist also eine ordinaria bonorum possessio. Hingegen K. Hadrian ertheilte durch eine Verordnung den Verwandten eines Soldaten, der wegen eines militarischen Verbrechens zum Todt verurtheilt wird, B. P. Diese war extraordinaria. So hat man bonorum possessiones extraordinarias ex lege Papia, lege Cornelia, SCto Aproniano (*1).

(1) *Vinnius* ad §. 3. h. t. n. 1.

§. 658. Die ordinaria ist entweder contra, oder secundum tabulas, oder litis ordinandae gratia.

Die ordinaria wird entweder gegeben, wo ein Testament, oder in einem Fall, wo keins vorhanden ist. Die erstere ist entweder a) contra, oder b) secundum tabulas, oder c) litis ordinandae gratia. Wenn der Prätor ein nach den Civilgesetzen giltiges Testament umstößt: so sagt man: er habe bonorum possessionem contra tabulas (*1) gegeben. Wenn er aber ein nach den bürger-

bürgerlichen Gesetzen ungiltiges Testament bey Kräften erhält: so heißt sie bonorum possessio secundum tabulas. Endlich wenn der Prätor einem Enterbten blos zu dem Ende bonorum possessionem giebt, damit er querelam inofficiosi gegen das Testament anstellen kann: so heißt sie bonorum possessio litis ordinandae gratia, und diese ist weder contra, noch secundum tabulas (*2).

(1) Auch wohl B. P. contra lignum, weil die Alten vieles auf hölzerne Tafeln schrieben. L. 19. D. de B. P. contra tab.

(2) *Voetius* ad Pandect. tit. de B. P. contra tab. n. 2. *Westenberg* ibid. §. 9. *Vinn.* ad §. 3. I. h. t. n. 1. Zwar behauptet *Averanius* lib. 1. interpr. c. 7. die B. P. contra tabulas stosse das Testament nicht um. Allein seine Gründe beweisen nur, daß das Testament nicht ganz umgestossen wird. Die B. P. contra tabulas hat ungefähr dieselbe Wirkung, wie die querela inofficiosi. Daß aber durch diese das Testament umgestossen werde, ist ausser Zweifel.

§. 659. Fälle der B. P. contra tabulas.

Die B. P. contra tabulas wird 1) von den emancipirten Kindern gesucht. Nemlich die emancipirten Kinder sind entweder eingesetzt, oder präterirt, oder enterbt. Sind sie präterirt: so bekommen sie B. P. contra tabulas. Wenn sie aber enterbt sind: so ist es entweder in der gehörigen Form (rite) geschehen, oder nicht. Im letzten Fall bekommen sie ebenfalls B. P. contra tabulas. Im ersten aber bekommen sie eine B. P. *sine re*, *sive litis ordinandae gratia*. Sie bekommen den wirklichen Besitz des Vermögens nicht. Die P. B. dient ihnen blos dazu, daß sie die querelam inofficiosi anstellen können. Nach der 115. Novelle muß man aber noch einmal distinguiren: entweder ist die Exheredation aus einer gesetzlichen, im Testament ausgedrückten Ursache geschehen, oder nicht. Im ersten Fall muß der Enterbte B. P. *sine re* suchen; im letzten aber, glaube ich, kann er B. P. contra tabulas *cum re* bitten. Denn ein *suus* kann in diesem Fall nach der richtigern Meynung (§. 528.) querelam nullitatis anstellen. Wo aber dem suo diese Klage zusteht: da bekommt der emancipatus B. P. contra tabulas cum re. Von dem heutigen Gebrauch dieser B. P. habe ich oben in §. 527. geredet. 2) Sucht der Patron B. P. contra tabulas, wenn ihn der libertus übergangen hat (*1), (§. 650.) und daher auch 3) der Vater als *manumissor* gegen das Testament seines emancipirtes Sohnes, worinn er präterirt ist (*2).

(1) L. 1. §. 2. L. 2. pr. L. 3. §. 10. D. de bon. libert.

(2) Tot. tit. Pand. si quis a parent. manumiss. Merkwürdig ist es, daß der Vater in diesem Fall zuweilen durch die B. P. nicht das ganze Testament umwerfen konnte. Wenn der Sohn eine schändliche Person eingesetzt hatte: so fiel das ganze Testament um; war aber eine ehrliche Person zum Erben ernannt: so wurde die B. P. nur auf den Pflichttheil gegeben. L. 3. D. d. t. Uebrigens konnte der Vater auch als Vater querelam inofficiosi gegen das Testament seines emancipirten Sohnes anstellen. Wenigstens will man dieß aus der L. 1. §. ult. D. eodem beweis-

weisen, und wenn das richtig ist, so hat dann auch nach dem Recht der Nov. 115. cap. 4. der Vater jene B. P. nicht mehr nöthig, sondern er kann querelam inofficiosi oder nullitatis ex Nov. 115. anstellen.

§. 660. Fälle, worinn B. P. secundum tabulas statt findet.

Die B. P. secundum tabulas hat in folgenden Fällen statt: 1) wenn ein Testament vorhanden war, das sieben Zeugen untersiegelt hatten: so gab der Prätor dem darinn ernennten Erben B. P., obgleich die alte Methode zu testiren per aes et libram nicht beobachtet worden war. Also das Testament mußte schriftlich seyn; aus mündlichen Testamenten gab der Prätor anfangs keine B. P. Nach den neuern Gesetzen fällt diese B. P. weg. Denn ein Testament erfordert mehr Sollennitäten, als das Untersiegeln der sieben Zeugen (* 1).

2) Wenn ein postumus suus, (d. i. Jemand, der nach der Errichtung des Testamentes in die väterliche Gewalt des Testators gekommen ist,) präterirt ist, aber vor dem Testator stirbt. Nach den Civilgesetzen war das Testament durch den Postumus ruptum geworden, und blieb es, obgleich der Postumus starb. Der Prätor aber erhielt es. Denn warum sollte es nicht gelten, da der Postumus, um dessen willen es ungiltig geworden war, nicht mehr existirte?

3) Ein schon zur Zeit der Testamentsverfertigung gebohrner Sohn ist übergangen, das Testament ist also null. Nach den Civilgesetzen blieb es auch null, wenn der Sohn gleich vor dem Vater mit Todt abgieng, oder von der väterlichen Erbschaft abstinirte (* 2). Der Prätor aber hielt es aufrecht.

4) Wenn ich meinen Sohn im Testament übergieng: so war es null; gesetzt auch, daß der Sohn in die Präterition consentirte. Denn die Erbverträge waren durchaus bey den Römern verboten. Man konnte also auf keine Erbschaft bey Lebzeiten des Eigenthümers giltig renunciiren. Allein der Prätor gab bonorum possessionem aus diesem Testament.

5) Ein Testament, das einmal irritum geworden war, blieb nach den Civilgesetzen allezeit irritum. Aber der Prätor erklärte, wenn ein Testament durch die Capitis Deminution des Testators irritum geworden, der Testator aber vor seinem Absterben wieder ein Römischer Bürger und homo sui iuris geworden sey: so wolle er B. P. aus dem Testament geben.

6) Ein erstes Testament wird durch ein zweytes aufgehoben. Und wenn der Testator auch nachher gleich das zweyte wieder zernichtet, in der Absicht, daß das erste gelten sollte; so bleibt dieß doch nach dem Civilrecht ungiltig. Der Prätor hingegen erklärt es für giltig.

7) Wenn sich zwey Testamente mit einerley Datum finden, und man nicht weiß, welches das neueste sey: so gilt nach dem bürgerlichen Recht keins von beyden; der Prätor giebt aus beyden bonorum possessionem.

8) Wenn ein Erbe unter einer affirmativen Bedingung eingesetzt ist, die entwe-

entweder nicht in seiner Gewalt steht, oder die er doch nicht sogleich erfüllen kann: so kann er bonorum possessionem bitten, zu dem Ende, daß er die Erbschaft als curator einstweilen administriren darf. Er muß aber Caution stellen, daß er sie, im Fall die Bedingung nicht erfüllt wird, wieder herausgeben wolle. Alle diese bonorum possessiones sind noch heutigestages in Uebung, und wer zur Erbschaft gelangen will, muß zu diesem Prätorischen Hülfsmittel seine Zuflucht nehmen. Es ist also ein grober Irrthum, wenn man sich einbildet, daß die Lehre von der B. P. keinen practischen Nutzen habe (* 3).

(1) *Stryk* de succeff. ab inteft. diff. 9. cap. 4. §. 51. *Turin* diff. de bonor. poffeffionibus, praefertim ufu earum hodierno, §. 8.
(2) *Averan.* lib. 1. interpret. cap. 10. et 11.
(3) *Contii* tract. de hered. et bon. poff. in opp. p. 281. *Stryk* l. c. §. 1. fqq. *Reinharth* ad *Chriftin.* vol. 4. obf. 1. feqq. *Turin* diff. cit. §. 7. fqq.

§. 691. Gattungen der B. P. ab inteſtato.

Die B. P. ab inteſtato hatte vier Grade: 1) B. P. ex edicto unde liberi, 2) ex edicto unde legitimi, 3) ex edicto unde cognati, 4) ex edicto unde vir et uxor. Nach dem alten Römiſchen Recht gab es noch mehr Arten der B. P., die in der Note erzählt ſind, und deren Erklärung Vinnius giebt; (* 1) aber Juſtinian hat ſie abgeſchafft.

(1) Ad §. 1. I. h. t.

§. 662. Von der B. P. ex edicto unde liberi.

B. P. ex edicto unde liberi bekamen die emancipati; auch die ſui, wenn ſie wollten. Denn ob ſie gleich nach den bürgerlichen Geſetzen ſuccedirten, und folglich keine B. P. nöthig hatten: ſo gab ſie ihnen der Prätor doch auch, wenn ſie darum baten. Nach dem Recht der Novellen ſuccediren die emancipirten Kinder ſo gut, als die ſui, bedürfen alſo auch der B. P. nicht.

§. 663. Ex edicto unde legitimi.

B. B. ex edicto unde legitimi bekamen die Agnaten. Sie hatten zwar auch ein ius ſuccedendi civile. Indeſſen konnten ſie doch bonorum poſſeſſionem bitten. Der Prätor ſuchte ſein geſetzwidriges Verfahren dadurch einigermaſſen zu maskiren, daß er auch ſolchen Perſonen B. P. verſprach, welchen ein Erbrecht nach den Civilgeſetzen zuſtand.

§. 664. Ex edicto unde cognati.

Das *edictum unde cognati* verſprach den Cognaten im Fall, daß keine Agnaten vorhanden waren, bonorum poſſeſſionem. Doch mußten ſie im ſechſten Grade, nicht weitläuftiger, mit dem Verſtorbenen verwandt ſeyn. (§. 643.)

Der Prätor machte aber auſſer dieſem allen wegen der B. P. noch ein Edict, welches edictum ſucceſſorium heißt. Er ſetzte nemlich feſt: 1) daß, wenn mehrere zur Succeſſion gleich nahe Perſonen da wären, und eine von ihnen ihre Erbportion nicht haben wollte oder könnte, dieſe den andern accreſciren ſollte; 2) daß, wenn der gradu proximus wegfiel, (ſtarb, ehe er angetreten hatte, oder repudiirte,) die Erbſchaft auf den folgenden fallen ſollte. Nach dem Civilrecht hatte nur eine *ſucceſſio ordinum* ſtatt; wenn keine ſui vorhanden waren: ſo ſuccedirte ordo agnatorum; wenn keine Agnaten vorhanden waren: ſo erbten die gentiles; aber keine *ſucceſſio graduum* griff Platz. Denn, wenn der nächſte Agnat nicht wollte oder nicht konnte Erbe ſeyn: ſo bekam darum der folgende die Erbſchaft nicht. (§. 635.) Aus dem edicto ſucceſſorio folgt nun: a) daß, wenn der nächſte Agnat wegfiel, die folgenden Agnaten, (wiewohl nicht als Agnaten, ſondern als Cognaten,) und b) wenn die nächſten Cognaten wegfielen, die folgenden Cognaten zur B. P. gelangten (* 1).

(1) *Vinnius* ad §. 4. h. t.

§. 665. Ex edicto unde vir et uxor.

Wenn gar keine Verwandte des Verſtorbenen vorhanden waren: ſo bekam der überlebende Ehegatte B. P. ex edicto unde vir et uxor; nur mußte er in einer wahren Ehe gelebt, und dieſe mußte bis zum Abſterben des Erblaſſers fortgedauert haben. Dieſe B. P. iſt noch heutigestages nöthig, wenn ein Ehegatte den andern erben will, der kein Erbrecht aus der 118. Novelle herleiten kann. (§. 702.)

§. 666. Zeit, binnen welcher die B. P. gebeten werden muß.

Um die bonorum poſſeſſionem muß man bey der Obrigkeit bitten. Darin iſt ſie von der Civilſucceſſion verſchieden. Wenn mir ein Succeſſionsrecht nach dem Prätoriſchen Recht zukömmt: ſo iſt es nöthig, daß ich gerichtlich erkläre, ich wolle Erbe ſeyn. Kinder und Eltern müſſen binnen einem Jahr, andere Perſonen binnen 100 Tagen darum bitten. Dieſe Zeiten ſind aber tempora *utilia*. Was das heißt, erklärt die Note.

Die Zeit wird in den Römiſchen Geſetzen in tempus utile und continuum eingetheilt: 1) in Rückſicht auf ihren Anfang, 2) in Rückſicht auf den Lauf. *Tempus continuum ratione initii* heißt eine Zeit, die mir ſogleich läuft, ſobald ein gewiſſer Vorfall ſich ereignet hat, ich mag nun Wiſſenſchaft von dem Vorfall haben oder nicht. *Tempus utile ratione initii* heißt die Zeit, welche mir nicht eher zu laufen anfängt, als bis ich Nachricht von dem Vorfall habe. Z. E. die hereditatis petitio civilis dauert 30 Jahre; dieſe aber fangen ſogleich an zu laufen, ſobald der Erblaſſer mit Todt abgeht, und dem Erben die Verlaſſen-

lassenschaft zufällt, er mag nun das Absterben des Erblassers erfahren oder nicht. Diese 30 Jahre sind also tempus continuum ratione initii. Hingegen die Zeit, binnen welcher die bonorum possessio gesucht werden muß, ist utile ratione initii. Denn sie fängt erst an zu laufen, wenn man Wissenschaft erhält, daß der Erblasser gestorben sey, und einem bonorum possessio zukomme (* 1).

Tempus continuum ratione cursus heißt ein Zeitraum, worin alle Tage gezählt werden, sie mögen Gerichtstage, oder Gerichtsferien seyn. *Tempus utile ratione cursus* eine Zeit, worinn nur die Tage gezählt werden, an denen Gericht gehalten wird. Z. E. Wenn die Gesetze sagen, daß die Erbschaftsklage binnen 30 Jahren angestellt werden müsse: so werden 365 Tage für ein Jahr gerechnet, ohne darauf zu sehen, ob sie Gerichtstage oder Ferien sind. Hingegen wenn der Prätor sagt: man solle binnen 100 Tagen bonorum possessionem bitten: so zählt er nur die Gerichtstage; die Tage, an welchen kein Gericht gehalten wird, werden übergangen. Jene Zeit ist also tempus continuum, diese tempus utile ratione cursus.

Man sieht aus dem bisher gesagten, daß die Zeit, binnen welcher B. P. gesucht werden muß, auf doppelte Art tempus utile ist, sowohl in Rücksicht des Anfanges, als in Absicht des Laufes. Es giebt aber auch Zeitfristen, die in Absicht des Anfanges continua, in Rücksicht auf den Lauf hingegen utilia tempora sind; und umgekehrt giebt es tempora ratione initii utilia, ratione cursus continua, wie in den Pandecten gezeigt wird (* 2).

(1) Daher kann die B. P. noch gesucht werden, wenn die hereditatis petitio aus den Civilgesetzen schon verjährt ist. *Reinharth* ad *Christin.* vol. 4. obs. 7.

(2) Die beste Schrift in dieser Materie ist: *Rücker* Diss. de civili et naturali temporis computatione in iure, die mit seinen observationibus und interpretationibus zu Leiden 1749. 8. herausgekommen ist.

TIT. XI.

DE ADQUISITIONE PER ARROGATIONEM.

§. 667. 668. Was ist die Erwerbung durch Arrogation?

Der dritte modus adquirendi universalis ist die *adquisitio per arrogationem.* Wir haben im 11. Titel des ersten Buches gehört, was die Arrogation ist; die Annehmung an Kindesstatt eines Menschen, der bisher sui iuris, oder pater familias war. Nun hatte nach dem alten Römischen Recht ein filius familias kein Eigenthum. Wenn sich also ein homo sui iuris arrogiren ließ: so acquirirte der pater arrogator dessen ganzes Vermögen; die arrogatio war

also ein modus adquirendi universalis. Sogar die Possession gieng ipso iure auf den arrogatorem über (* 1).

(1) *Vinn.* ad §. 1. I h. t. num. 1.

§. 669. Gewisse Rechte werden durch die Arrogation nicht erworben.

Weil aber diese Arrogation zugleich eine Capitis Deminution war: so bekam der arrogator die Rechte nicht, welche durch die Capitis Deminution zu Grund giengen; das heißt, die iura personalissima. Dergleichen war 1) das Recht des Patrons auf operas officiales. Wenn nemlich der arrogatus Freygelassene hatte, die ihm operas officiales leisten mußten: so konnte der arrogator diese Dienste nicht fordern. In Ansehung der operarum artificialium oder fabrilium, die sich der Patron übrigens ausdrücklich versprechen lassen mußte, (§. 82. §. 804.) ist ein anderes zu behaupten. 2) Das ius agnationis. Die Rechte, welche der arrogatus als Agnat seiner Familie hatte: z. E. das Successionsrecht gieng nicht auf den arrogatorem über (* 1). 3) Nach dem alten Recht gieng auch der usus und ususfructus, der dem arrogato zustand, nicht auf den arrogatorem. Allein dieß hat Justinian abgeschaft.

(1) Doch s. *Vinnium* l. c. n. 2.

§. 670. Auch die Verbindlichkeiten gehen nicht auf den Arrogator.

Die Verbindlichkeiten des arrogati aber übernahm der arrogator auch nicht. Denn man sah sich ebenfalls als etwas ganz persönliches (personalissimum quid) an. Niemand kann actione personali belangt werden, als der, in dessen Person die Verbindlichkeit entstanden ist, und sein Erbe.

§. 671. Justinians Verordnungen.

Da nach den neuern Gesetzen ein Sohn Eigenthum haben kann: so verordnete Justinian: 1) der arrogator solle nur den Nießbrauch von dem Vermögen des arrogati bekommen; denn da der leibliche Vater, in Ansehung des peculii adventitii nicht mehr hat: so kann dem arrogatori auch nicht mehr zustehen. 2) Daß die Gläubiger des arrogati den arrogatorem sollen belangen können, und daß, wenn er sie nicht bezahlen will, er ihnen das Vermögen des Sohnes abtreten soll.

TIT. XII.

DE EO, CUI LIBERTATIS CAUSA BONA ADDICUNTUR.

§. 672. 673. 674. Was ist die addictio libertatum servandarum causa?

Der vierte modus adquirendi ist die addictio bonorum libertatum servandarum causa. Wenn ein verschuldeter Mensch in seinem Testament Sklaven frey ließ, und der eingesetzte Erbe repudiirte: so wurde das Testament destituirt, und die Freylassung kam nicht zu Stand. Kaiser Markus Antoninus aber erlaubte, daß die Verlassenschaft den freygelassenen Sklaven, oder einem von ihnen, als quasi bonorum possessori heimgewiesen werden dürfte, wenn er den Creditoren Caution stellte, daß er sie wegen Capital und Zinsen befriedigen wolle. Auf diese Weise blieben die Manumissionen bey Kräften, der Ehre der Verstorbenen wurde geschont, und die Gläubiger litten keinen Schaden. In den folgenden Zeiten ist diese Verordnung noch weiter ausgedehnt, und unter andern erlaubt worden, daß das Vermögen auch einem andern Menschen, der nicht unter die Freygelassenen gehörte, unter den vorbesagten Bedingungen zugeschlagen werden sollte.

(1) *Westenberg* in D. Marco, diss. 38. *Schaumburg* ad constit. Imperat. antiq. Manip. 14. obs. 4. *Zepernick* diss. de testamenti destituti viribus, §. 17. sqq.

TIT. XIII.

DE SUCCESSIONIBUS SUBLATIS, QUAE FIEBANT PER BONORUM VENDITIONES, ET EX SCTO CLAUDIANO.

§. 675. 676. Was ist die Erwerbung durch sectionem bonorum?

Der fünfte modus adquirendi universalis heißt *sectio*, oder *venditio bonorum*. Secare heißt nemlich bey den Alten so viel, als versteigern, in einer Auction verkaufen, und sectio eine Auction. Daher glaubt Bynkershök am a. O. nebst andern, das Zwölftafelgesetz: debitorem obaeratum creditores *secanto* trans Tiberim, wolle nichts anders sagen, als man solle den Schuldner verkaufen.

§. 676. Wie geschah sie?

Wenn nemlich jemand concursmäßig wurde: so wurde sein Vermögen den Gläubigern zugeschlagen, und diese bestellten einen Curator, welcher die Masse an einen Käufer überließ. Dieser aber mußte sich verbindlich machen,

den Gläubigern entweder ihre ganze Forderungen oder gewisse Procente zu bezahlen. Er war also ein successor universalis des Schuldners. In den neuern Zeiten kam dieß ab (* 1). Auch in Deutschland ist es nicht üblich. Es wird zwar, wenn ein Concurs entsteht, auch ein curator massae bestellt: aber die Ueberlassung der ganzen Masse an Einen Käufer ist nicht gewöhnlich (* 2).

(1) Justinian spricht im Text bey dieser Materie sehr dunkel. Die venditiones bonorum seyen üblich gewesen, als man noch die iudicia ordinaria gehabt habe. Sed cum extraordinariis iudiciis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis iudiciis etiam bonorum venditiones exspiraverunt, et tantummodo creditoribus datur officio iudicis bona possidere, et prout utile eis visum est, ea disponere. *Vinn.* in commentar. merkt dabey sehr gut an: quid haec iudiciorum diversitas ad rem praesentem faciat, non video, uti nec illud, quid hic posterioribus temporibus innovatum. Plane quod Theophilus refert, bonorum emtorem heredis seu bonorum possessoris loco habitum fuisse, id postea obtinuisse non puto, desiisseque hanc adquisitionem esse universalem. Man s. auch *Hotomann. Bachov.* und *Hortens.* ad h. l.

(2) Allein succediren denn die Glaubiger selbst in alle Rechte und Verbindlichkeiten des concursmäßigen Schuldners? Aus vielen Gründen muß man diese Frage verneinen. S. *G. L. Boehmer* progr. de iure circa conductionem, orto adversus conductorem concursu, §. 4. in elect. iur. civ. vol. pag. 366. sq. und *Stein* comment. num creditores moto concursu in omnia iura et obligationes debitoris obaerati succedant, et hinc successores universales habendi sint, Rostoch. 1781. 4.

§. 677. 678. 679. Verordnungen des Claudianischen Rathsschlusses.

Das SCt. Claudianum verordnete, daß, wenn eine freye Weibsperson einem Sklaven beyschlief, und der Herr des Sklaven ihr dreymal diesen Umgang untersagt habe, sie aber dem ungeachtet ihn fortsetze: so solle der Richter sie dem Herrn auf dessen Verlangen als Sklavin zusprechen. Der Herr acquirirte also sie und ihr ganzes Vermögen (* 1). Justinian hob diesen modum adquirendi, wie er sagt, auf, weil er *indignus suis temporibus* sey. Ob dieß ein Compliment oder eine Satire auf sein Zeitalter seyn soll, weiß ich nicht.

(1) Eine vollständige Erläuterung des Claudianischen Rathsschlusses giebt *d'Arnaud* lib. 1. coniect. cap. 20. Man s. auch *Burgii* elect. cap. 8. Thesaur. *Otton.* tom. I. p. 322.

§. 680. Von der neuen Intestatfolge.

Wir haben bisher die Intestatfolge kennen gelernt, wie sie nach dem alten Römischen Recht beschaffen war. Justinian aber hat in der 118. Novelle eine neue Successionsordnung eingeführt, die wir nun umständlich betrachten wollen.

De

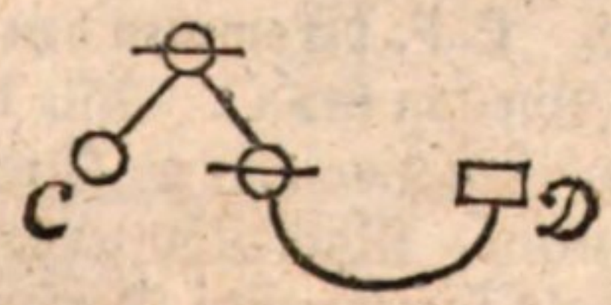
De ſucceſſione ab inteſtato ſecundum Nov. CXVIII.

§. 681. Allgemeine Grundſätze derſelben.

Juſtinian hat nemlich feſtgeſetzt, 1) daß alle Blutsfreunde ab inteſtato ſuccediren, dergeſtalt a) daß der Unterſchied zwiſchen Agnaten und Cognaten gänzlich wegfällt; der nähere Agnat ſchließt den entferuteren Cognaten aus, und umgekehrt. b) Daß die emancipirten ſo gut, als die *ſui* ſuccediren, doch mit dem Unterſchied, daß die ſui *ipſo iure* Erben ſind, die emancipirten Kinder aber antreten müſſen. (§. 162.) 2) Auſſer den Blutsfreunden ſuccediren auch einige andere Perſonen, aus beſondern Gründen. Doch gehen die Blutsfreunde dieſen andern Perſonen der Regel nach vor. Einige Fälle ſind ausgenommen, die im §. 702. und 703. vorkommen werden.

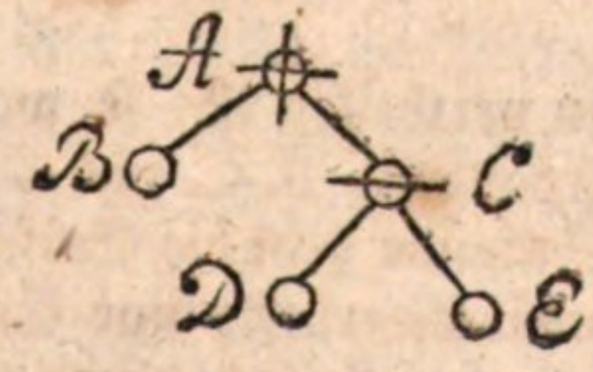
Ich habe geſagt: alle Blutsfreunde ſuccediren ab inteſtato. Schwägerſchaft giebt kein Succeſſionsrecht, und wenn ſie noch ſo nahe iſt. Daher ſuccedirt z. E.

der Stiefvater A. ſeinem Stiefſohn B. nicht.



C. erbt den D. nicht.

Noch muß ich anmerken, daß man in einem Succeſſionsſchema denjenigen, von deſſen Erbſchaft die Rede iſt, doppelt durchſtreicht; die Perſonen aber, welche zwar todt ſind, von deren Succeſſion aber jetzt die Frage nicht iſt, Einmal ausſtreicht, z. E.



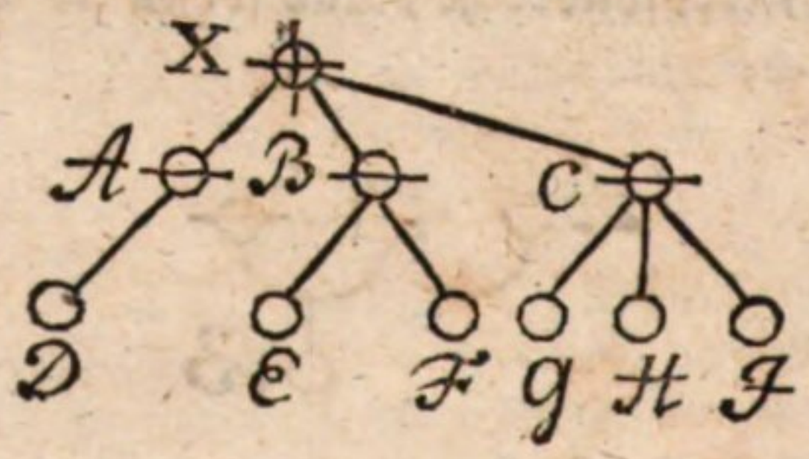
in

in diesem Schema ist A. doppelt durchstrichen, weil von seiner Verlassenschaft und Erbfolge die Rede ist; C. ist Einmal durchstrichen; denn er ist todt; aber die Frage ist jetzt nicht von seiner Erbschaft. B. D. und E. sind noch am Leben (* 1).

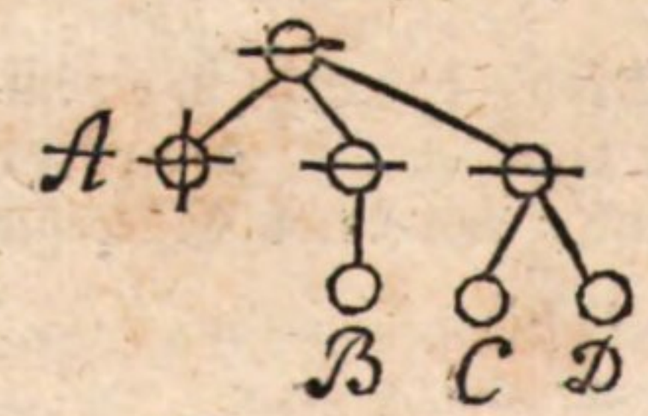
(1) Andere bedienen sich anderer Zeichen. S. *Birkner* diss. de successione unilateralium, p. 23. sqq.

§. 682. Was ist Repräsentationsrecht, Succession auf Köpfe, Stämme und Linien?

Ehe wir die Successionsordnung selbst betrachten können, müssen wir einige Redensarten verstehen lernen, welche in dieser Materie üblich sind. 1) Das Repräsentationsrecht ist das Recht, die Erbportion zu erhalten, die mein verstorbener Ascendent würde bekommen haben, wenn er noch am Leben wäre, z. E.

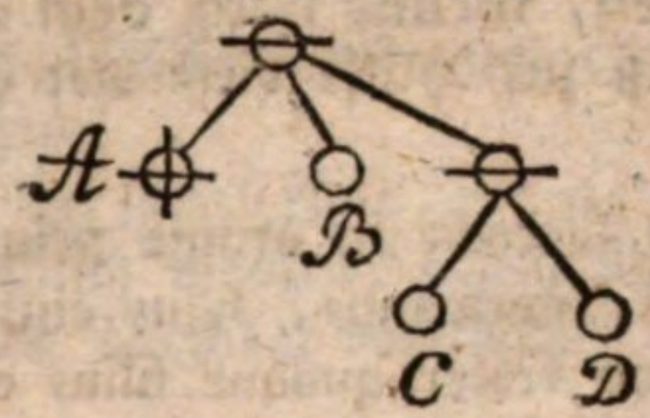


wenn X. stirbt: so bekommt D. die Erbportion, die sein verstorbener Vater A. bekäme, wenn er noch lebte. E. F. bekommen den Erbtheil ihres verstorbenen Vaters B. und G. H. I. die Portion des C. Alle diese Personen also D. E. F. G. H. I. succediren iure repraesentationis. 2) Die Succession geht entweder auf Köpfe, oder auf Stämme. Nach Köpfen wird succedirt, wenn so viele Erbtheile gemacht werden, als succedirende Personen vorhanden sind. Z. E.

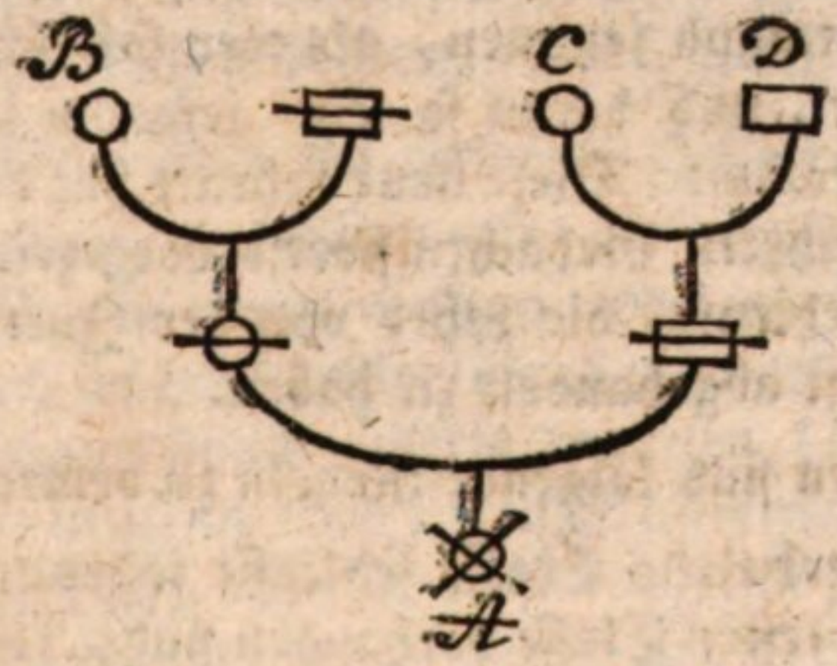


wenn die Erbschaft des A. zu vertheilen ist: so werden drey Theile gemacht; denn es sind drey Erben vorhanden, B. C. und D. Hier wird also in capita succedirt. Hingegen auf Stämme geht die Erbschaft, wenn mehrere Personen, welche iure repraesentationis erben, nur Eine Portion bekommen; die Portion nemlich, welche der, den sie repräsentiren, erhalten hätte, z. E.

Die



Die Verlassenschaft des A. soll getheilt werden. Jetzt werden zwey gleiche Theile gemacht, den einen bekommt B. den andern C. und D. Die Erbschaft wird also nach Stämmen vertheilt. 3) Succession nach Linien ist vorhanden, wenn die Erbschaft unter Ascendenten dergestalt vertheilt wird, daß die eine Hälfte auf die väterliche, die andere auf die mütterliche Linie fällt. Z. E.



A. stirbt, und hinterläßt auf väterlicher Seite einen Großvater B, auf mütterlicher Seite aber beyde Großeltern C. und D. Hier wird die Erbschaft in zwey Theile getheilt; der eine fällt auf den Großvater B, der andere auf die Großeltern C. und D.

§. 683. Zwey Fragen bey der Intestatsuccession.

Wenn ein Fall der Intestatsuccession vorkommt: so sind allezeit zwey Fragen zu beantworten: 1) **Wer succedirt?** 2) **Wie viel bekommt er?** Ich werde bey jeder Successionsclasse auf diese zwey Fragen Antwort ertheilen.

§. 684. Vier Classen der Verwandten.

Die Succession der Verwandten geschieht nach vier Classen oder Ordnungen. In der ersten Classe succediren alle Descendenten des Verstorbenen. In der zweyten: die nächste Ascendenten, vollbürtige Geschwister und deren Kinder, Söhne oder Töchter. In der dritten: Halbgeschwister und deren Söhne und Töchter. Endlich in der vierten:

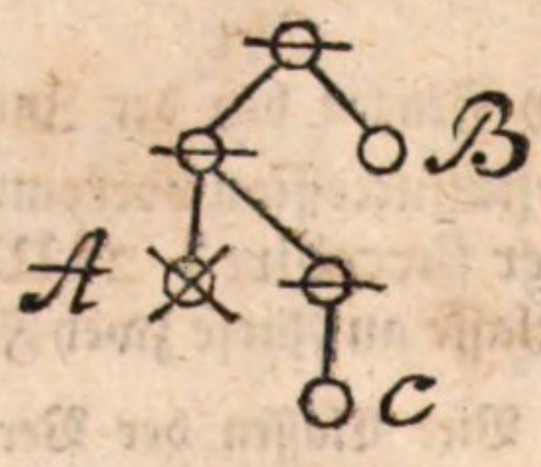
Alle übrige Verwandten, welche nach dem Grad die nächsten sind. Man hat dem Gedächtniß zur Hülfe diese vier Classen in folgende Verse gebracht:

Descendens omnis succedit in ordine primo.
Ascendens propior, germanus, filius eius.
Tunc latere ex uno frater quoque filius eius.
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

Justinian macht in der 118. Novelle 3 Classen: ordinem descendentium, ascendentium und collateralium, und auf diese Weise tragen denn auch fast alle Juristen diese Materie vor. Nun ist es freylich wahr, daß die Intestaterben entweder Descendenten, oder Ascendenten, oder Collateralverwandte sind. Aber daß die Lehre von der Intestaterbfolge weit ordentlicher und leichter vorgetragen werden könne, wenn man vier Classen, als wenn man nur drey festsetzt, wird Niemand leugnen, als wer sich schon allzutief in die alte Methode hineingedacht, und daran so sehr gewöhnt hat, daß ihm die neue bessere unnatürlich vorkommt. Diese neue Lehrart hat der mir unbekannte Verfasser der vorhin angeführten Gedächtnißverse vorgezeichnet, und Herr Kanzler Koch hat das Verdienst, die Lehre von der Intestaterbfolge zuerst nach diesem Plan meisterhaft abgehandelt zu haben.

Bey den vier Classen sind folgende Regeln zu bemerken:

1) Die vorhergehende Classe schließt jedesmal die folgende aus. So lang Personen der ersten Classe vorhanden sind, kommt Niemand zur Succession, der in die zweyte Classe gehört. Sind Personen aus der zweyten Classe da: so fallen die Personen der dritten Ordnung aus, so wie diese wieder den Personen der vierten Classe vorgehen. Z. E. also.



wenn A. stirbt: so erbt C. allein, B. succedirt nicht mit; ob sie gleich in einerley Grad mit dem Verstorbenen verwandt sind; denn C. gehört in die zweyte, B. erst in die vierte Classe.

2) Personen, die in derselben Classe stehen, schliessen einander nicht aus, sondern sie succediren mit einander. Z. E. in der zweyten

Classe

Classe stehen a) Ascendenten, b) Geschwister und c) deren Kinder; sie kommen also zusammen zur Succession.

Diese beyde Regeln, die soviel Licht über die ganze Materie verbreiten, und sie dem Anfänger so faßlich machen, lassen sich nicht geben, wenn man die Sache nach der gemeinen Methode vorträgt.

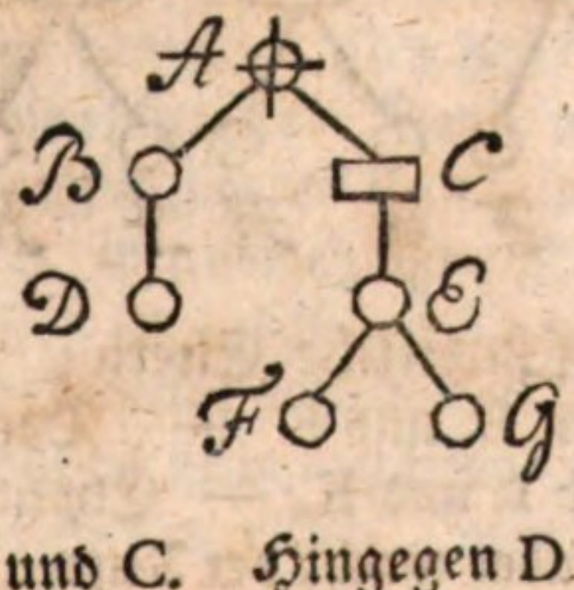
Erste Classe.

§. 685. Wer erbt in der ersten Classe?

In der ersten Classe succediren also die Descendenten des Verstorbenen. Nur müssen sie in Rücksicht auf die Succession legitim seyn. Dieß sind nicht alle Descendenten; denn sie sind entweder leibliche Descendenten, oder adoptirte; jene sind entweder von ehelicher Geburt, oder von unehelicher; die eheliche sind entweder ehelich gebohren, oder legitimirt.

§. 686. Von den ehelichen Descendenten.

Die ehelich gebohrne succediren alle; sie mögen männliche oder weibliche, *sui* oder nicht *sui*, in einem nahen, oder entfernten Grad verwandt seyn. Wenn einer auch im hundertsten Grad mit dem Verstorbenen verwandt wäre, aber seine Verwandtschaft gehörig beweisen könnte: so würde er ein Erbrecht haben. Nur muß in dieser Classe Niemand zwischen mir und dem Verstorbenen stehen, oder in derselben Linie, worinn ich bin, muß kein näherer seyn. Das heißt, wenn der Vater oder die Mutter noch leben und erben: so bekommen ihre Kinder nichts; lebt der Großvater noch: so fallen seine Enkel aus.



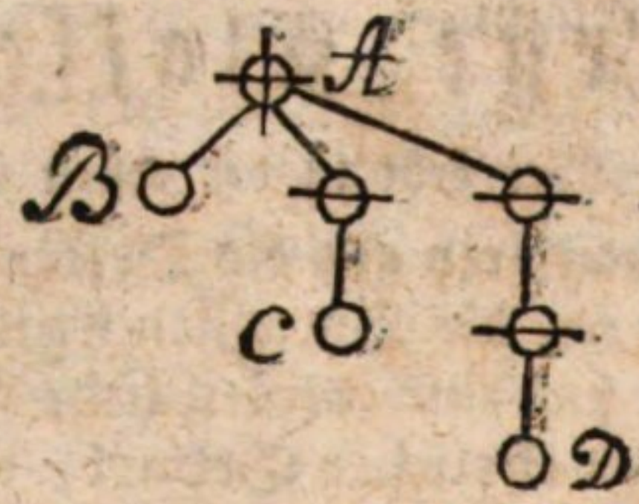
wenn A. stirbt: so erben B. und C. Hingegen D. E. F. und G. kommen nicht mit zur Succession.

Erste Anmerkung. Die Emancipirte haben also keine bonorum possessionem contra tabulas oder ex edicto unde liberi mehr nöthig. Ihr Successionsrecht gründet sich auf das Civilrecht.

Zweyte Anmerkung. Die Kinder succediren auch der Mutter und

Großmutter nach diesem Gesetz, und brauchen sich nicht mehr auf SCtum Orphitianum zu berufen.

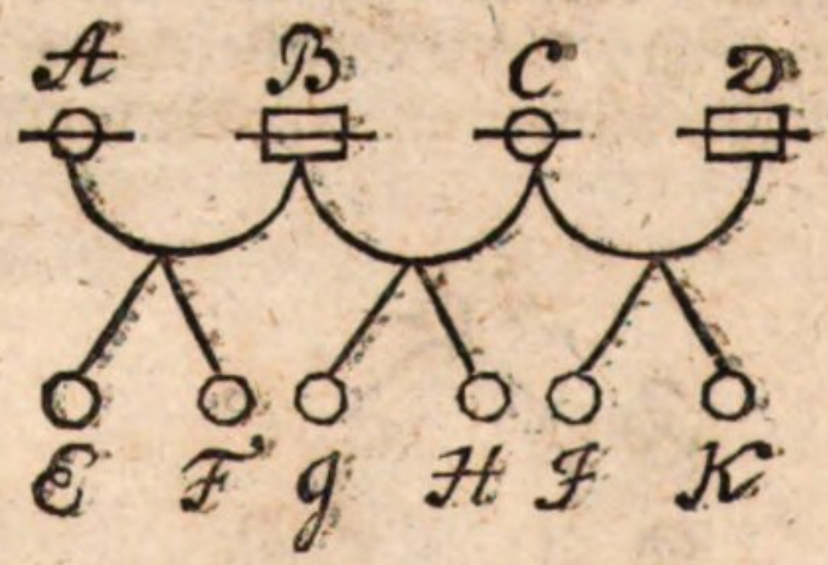
Dritte Anmerkung. Das Repräsentationsrecht hat in dieser Classe bis ins Unendliche statt. Wenn ich ein Descendent des Verstorbenen bin: so erbe ich mit, obgleich andere dem Grad nach nähere Descendenten vorhanden sind. Z. E.



Wenn A. mit Todt abgehet: so erben B. C. und D, obgleich B. im ersten, C. im zweyten, und D. im dritten Grad ist. Denn C. repräsentirt seinen Vater, D. seinen Großvater.

§. 687. Von Kindern aus verschiedenen Ehen.

Wenn Kinder aus verschiedenen Ehen vorhanden sind: so succediren sie dem gemeinschaftlichen Parens (Vater oder Mutter), dem besondern aber seine Kinder allein. Z. E.



B. und C. sind die gemeinschaftliche Eltern; A. und D. die besondere. Dem A. succediren also allein E. und F. — Der B. succediren E. F. G. und H. — Den C. erben G. H. I. und K. — Endlich der D. Erben sind I. und K. Noch eine Bemerkung aber macht der Autor: ita tamen u. s. w. Diese wird sich am besten verstehen lassen, wenn ich sie sogleich auf das gegebene Exempel anwende. Wenn die B. etwas von ihrem verstorbenen Mann geerbt hatte, z. E. 4000 Thlr., so verlohr sie das Eigenthum davon, als sie zur zweyten Ehe mit dem C. schritt, sie behielt blos den Nießbrauch. Das Eigenthum fiel auf ihre Kinder E. und F. Wenn sie nun also auch mit Todt abgehet:

het: so behalten diese Kinder die 4000 Thlr. allein; G. und H. bekommen nichts davon. Ich sage: E. und F. behalten dieses Geld; man kann nicht eigentlich sagen, daß sie es erben; denn es gehörte ihnen schon vor dem Todt der Mutter. So auch, wenn C. von seiner Ehefrau 3000 Thlr. geerbt hätte: so würden diese aus gleicher Ursache allein den Kindern I. und K. verbleiben; G. und H. würden nichts davon erhalten.

§. 688. Legitimirte Kinder.

Was die legitimirte Kinder betrift: so succediren 1) die, welche durch die nachfolgende Ehe legitimirt sind, ohne Zweifel so gut, als legitim gebohrne. 2) Die durch ein Rescript nicht *plene* legitimirte Kinder sind in der Succession wie uneheliche Kinder anzusehen; diese Legitimation wirkt gar kein Successionsrecht. Hingegen 3) die Rechte der durch Rescript *plene* legitimirten sind nicht so ausgemacht. Nemlich so viel ist zwar gewiß, daß, wenn Jemand uneheliche Kinder durch ein Rescript plene legitimiren läßt, nachher aber heyrathet, und eheliche Kinder erzeugt, jene legitimirte mit diesen ehelichgebohrnen gleiches Erbrecht haben. Hingegen darüber wird gestritten: was in dem Fall, wenn die eheliche Kinder zu der Zeit schon vorhanden sind, da die Legitimation der unehelichen geschieht, diesen letzteren für ein Successionsrecht zustehe? Einige Juristen (*1) behaupten, sie hätten völlig dieselbe Rechte, wie ehelich gebohrne Kinder. Andere glauben, den ehelich gebohrnen Kindern gebühre der Pflichttheil zum voraus; in dem übrigen Vermögen succedirten die legitimirte mit den ehelich gebohrnen (*2). Die dritte Meynung ist, die legitimirten Kinder erbten nichts. Denn die ehelich gebohrne hätten schon ein Recht auf die Erbschaft gehabt, das ihnen durch die Legitimation nicht genommen werden können. Ich halte diese dritte Meynung, nach dem Römischen Recht, für die richtigste. Denn nach diesem Recht können nur die mit einer Concubine erzeugte Kinder legitimirt werden. (§. 137.) Diese Kinder kann auch ein Vater, welcher eheliche Kinder hat, nur auf $\frac{1}{12}$ zu Erben einsetzen. Daraus schließ ich, daß er sie auch zum Nachtheil der ehelichen Kinder nicht durch ein Rescript legitimiren lassen kann. Nach deutschen Gesetzen hingegen dürfte wohl zu behaupten seyn, daß die durch ein Rescript legitimirte Kinder mit den ehelichen erben, weil man jene im Testament zu Erben einsetzen kann. (§. 487.)

(1) *Georg Henr. Ayrer* diss. de rescripto legitimationis Principis, plenissimum effectum tribuente, legitimi licet liberi exstent, Goett. 1743. *Koch* de succ. ab intestato, §. 29.

(2) Dieß ist die gemeine Meynung, welche auch *Georg Sam. Madihn* diss. de legitime:

gitime natorum portione legitima in succeſſione cum legitimatis, Hal. 1755. vertheidigt.

(3) *Pufendorf* l. c.

§. 689. Von der Erbfolge der Adoptivkinder.

Man wird ſich aus dem Titel de adoptionibus erinnern, daß die Annehmung an Kindesſtatt eines Menſchen, der ſein eigner Herr iſt, arrogatio; die Annehmung eines ſolchen aber, der noch in väterlicher Gewalt ſtand, adoptio ſtricte heißt. Dieſe letzte iſt entweder plena, oder minus plena. Wenn nemlich ein Aſcendent ſeinen Deſcendenten, z. E. der Großvater ſeinen Enkel, der Urgroßvater ſeinen Urenkel adoptirt: ſo iſt es adoptio plena. Adoptire ich aber einen andern, der kein Deſcendent von mir iſt: ſo heißt es adoptio minus plena.

Die Erbfolge der Adoptivkinder beruhet auf vier Sätzen: 1) die arrogirten und plene adoptirten Kinder erben ihren Adoptivvater, aber von der Erbſchaft des leiblichen Vaters bekommen ſie nichts. Dieſer letzte Satz iſt nach der L. 10. C. de adopt. (VIII. 48.) auſſer Zweifel. Nur in dem Fall, wenn der adoptirende Groß- oder Urgroßvater das Adoptivkind wieder emancipirt, alsdenn ſuccedirt es dem leiblichen Vater. Allein nach der 118. Novelle ſcheint man behaupten zu müſſen, daß ein arrogirtes oder plene adoptirtes Kind nicht allein dem Adoptivvater, ſondern auch dem leiblichen ſuccedire. Denn es bleibt der Adoption ungeachtet ein Cognat ſeines leiblichen Vaters. Die Cognaten aber erben nach der 118. Novelle, ſo gut, als die Agnaten. (§. 681.)

2) Ein arrogirtes Kind ſuccedirt den männlichen Aſcendenten des arrogirenden Vaters, wofern ſie in die Arrogation gewilligt haben. Hingegen der Ehefrau des Arrogators, ſeiner Mutter und Großmutter ſuccedirt es nicht. (§. 148.)

3) Ein minus plene adoptirtes Kind erbt ſowohl den Adoptiv- als leiblichen Vater. Daß der Adoptivvater es übrigens durch ein Teſtament ausſchlieſſen kann, haben wir oben gehört. (§. 531.) Der Ehefrau des Adoptivvaters, desgleichen deſſen Aſcendenten ſuccedirt ein minus plene adoptirtes Kind nicht, wenn dieſe gleich in die Adoption conſentirt haben. Daher iſt denn auch zu behaupten,

4) daß, wenn eine Weibsperſon adoptiret, das Kind nur ihr, nicht ihrem Mann und ihren Aſcendenten ſuccedire.

5) Das Erbrecht aller arrogirten und adoptirten Kinder hört auf, wenn ſie emancipirt werden.

§. 690. Von den unehelichen Kindern.

Die uneheliche Kinder sind entweder aus einer Blutschande gebohren, incestuosi; oder aus dem Ehebruch erzeugt, adulterini; oder Hurenkinder, vulgo quaesiti; oder Jungfernkinder, spurii; oder von einer Concubine gebohrne, naturales. (§. 136.)

1) Die incestuosi, welche aus einer blutschänderischen Ehe gebohren sind, erben keines der beyden Eltern, L. 6. C. de incest. nupt (V. 5.) (*1).

2) Die naturales succediren der Mutter so vollkommen, wie eheliche Kinder; hingegen bey den adulterinis (*2), vulgo quaesitis, spuriis und aus einem unehelichen incestuosen Beyschlaf erzeugten Kindern muß man distinguiren: entweder ist die Mutter eine persona illustris, oder nicht. Im letzten Fall erben die adulterini, spurii, vulgo quaesiti und incestuosi. Im ersten Fall aber sind entweder eheliche Kinder vorhanden, oder nicht. Sind dergleichen nicht vorhanden: so kommen die uneheliche zur Erbschaft; ausserdem aber nicht.

Ich habe noch verschiedenes hierbey anzumerken. a) Was ist mater illustris? Die magistratus wurden zu den Zeiten der orientalischen Kayser in fünf Classen eingetheilt, in illustres, spectabiles, clarissimos, perfectissimos und egregios. Illustres hiessen die consules, magistri militum, quaestor sacri palatii, magister officiorum, comes sacrarum largitionum, comes rerum privatarum, praefectus praetorio und praefectus urbi (*3) Mater illustris hieß daher diejenige, deren Ehemann oder Vater ein illustris war. b) Was ist der Grund des Gesetzes, warum succediren die vulgo quaesiti und spurii einer matri illustri nicht, welche eheliche Kinder hat? Die angeführte L. 5. sagt: quia in mulieribus ingenuis et illustribus, quibus castitatis observatio praecipuum debitum est, *nominari spurios satis iniuriosum satisque acerbum, et nostris temporibus indignum esse iudicamus.* Seltsam! wenn eine solche Mutter Hurenkinder gebiert: so soll es eine Injurie seyn, daß man sage, sie habe dergleichen (nominari spurios). Und wie folgt daraus, daß die Hurenkinder ihr nicht succediren, wofern eheliche Kinder vorhanden sind, gleichwohl aber succediren, wenn dergleichen nicht da sind? c) Hat das Gesetz einen practischen Nutzen? Verschiedene glauben dieß. Sie behaupten, daß das, was hier bey einer matre illustri verordnet ist, heutigestags bey Damen aus dem höhern Adel gelte. Ich kann dieser Meynung nicht beypflichten; denn wir haben die Rangordnung der Staatsbedienten gar nicht, die bey den Römern statt fand. Das Gesetz paßt also auf unsere Verfassung nicht, und hat noch dazu, wie ich vorhin bemerkt habe, keinen vernünftigen Grund. Ich glaube daher, daß es bey uns gar keine Anwendung finde.

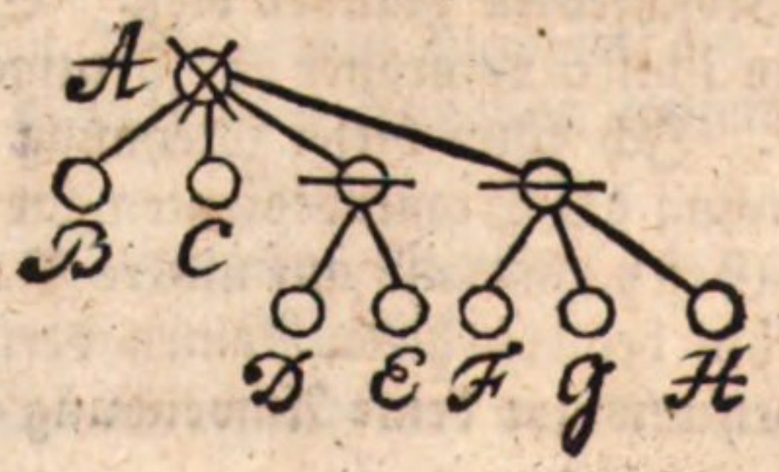
3) Den Vater erben die naturales nur alsdenn, a) wenn keine rechtmäſsige Ehefrau, und keine eheliche Kinder vorhanden sind, und zwar b) nur auf den sechsten Theil des Vermögens. Diesen bekommen sie aber nicht allein, sondern müssen ihn mit ihrer Mutter, der Concubine theilen (* 4).

4) Die aus einem unehelichen incestuosen Beyschlaf erzeugte Kinder, desgleichen adulterini, spurii und vulgo quaesiti bekommen von der Erbschaft des Vaters nichts. Aber wie steht es mit der Praxis dieser Sätze? Nach dem Römischen Recht war der Concubinat erlaubt, heutigestags ist er verboten. (§. 113.) Daher ist es nach der Theorie sehr zweifelhaft, ob das, was nach dem Römischen Recht bey den liberis naturalibus verordnet ist, heutigestags noch statt habe, und ob man nicht vielmehr behaupten müsse, die naturales seyen bey uns als spurii anzusehen, folglich von der väterlichen Succession ganz auszuschliessen. Indessen behaupten viele Rechtsgelehrte nicht nur a) daß die naturales heutigestags ein Successionsrecht, wie bey den Römern haben, sondern sie gehen noch weiter, und dehnen b) dieses Successionsrecht auch auf die spurios aus. Auch diese nemlich, succediren ihrer Meynung nach, auf den sechsten Theil, im Fall keine eheliche Kinder und keine Ehefrau vorhanden sind (* 5). Im Hessen-Darmstädtischen ist diese Meynung angenommen, im Hannöverischen aber und Casselischen nicht.

(1) *Poll.* de exheredat. et praeterit. cap. 41. *Titius* ad *Lauterb.* obs. 793.
(2) Nach der gemeinen Meynung erben die adulterini gar nicht. Allein diese Meynung ist in der Nov. 89. cap. 15, worauf man sich beruft, nicht gegründet.
(3) *Gothofredus* ad Cod. Theodos. tom. 3. p. 108.
(4) Wie aber, wenn die Concubine allein vorhanden ist, ohne Kinder? *Ios. Math. Rosmann* diss. de success. concubinae, si sola superstes sit, Mogunt. 1787. glaubt, daß sie $\frac{1}{12}$ erben; welcher Meynung ich beypflichte.
(5) *Koch* de success. ab intestato, §. 33.

§. 691. Wie wird in dieser Classe succedirt?

Wir haben gesehen, wer in dieser Classe succedirt. Nun ist noch die Frage: wie wird succedirt? und die Antwort: Die Kinder des ersten Grads, das heißt, Söhne und Töchter erben nach Köpfen; die Kinder der folgenden Grade aber, Enkel, Urenkel u. s. w. nach Stämmen. Z. E.



A. stirbt

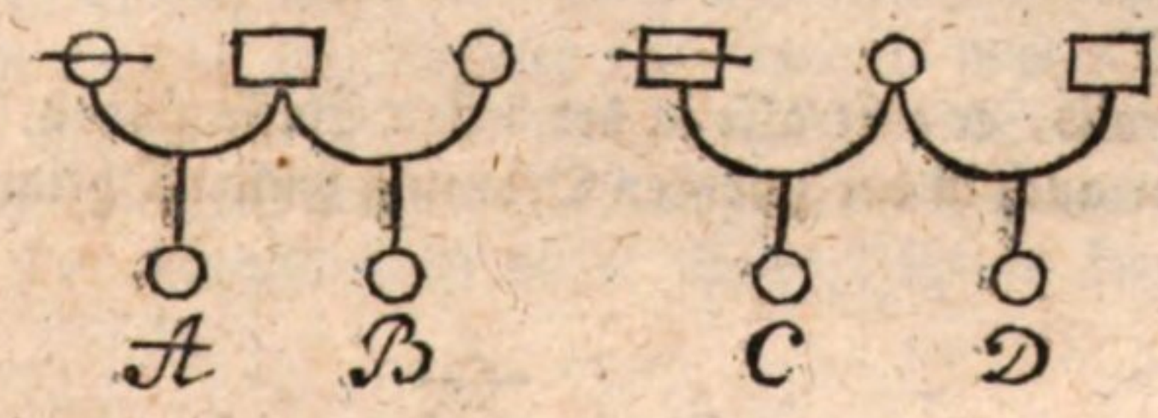
A. stirbt. B. und C. sind liberi primi gradus; D. E. F. G. H. hingegen liberi ulteriorum graduum. Also die Erbschaft wird in vier Theile getheilt. Der erste fällt auf B. — der zweyte auf C. — der dritte auf D. und E. — der vierte auf F. G. und H.

Zweyte Classe.

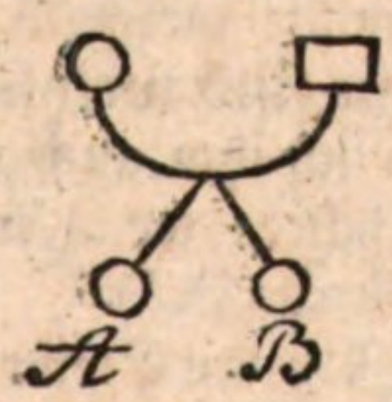
§. 692. Succession in der zweyten Classe.

Wenn keine Descendenten vorhanden sind: so kommt die zweyte Classe zur Succession. Darinn sind a) die nähere Ascendenten; b) vollbürtige Brüder und Schwestern; c) Söhne und Töchter der verstorbenen vollbürtigen Geschwister. Ich sage: die nähere Ascendenten; denn der nähere schließt den entferntern aus, und es hat hier kein Repräsentationsrecht statt.

Es fragt sich nur: was sind vollbürtige Geschwister, *fratres germani, sorores germanae?* Man versteht darunter Geschwister, die einerley Vater und einerley Mutter haben, denen sie vollkommen succediren. Also zweyerley gehört zu vollbürtigen Geschwistern: a) daß sie einerley Vater und Mutter haben. Daher



sind A. und B, desgleichen C. und D. keine vollbürtige Geschwister. Aber sie müssen b) auch beyden Eltern vollkommen succediren. Wenn nemlich Geschwister zwar einen gemeinschaftlichen Vater und eine gemeinschaftliche Mutter haben, aber nicht beyden vollkommen succediren: so sind sie in der Successionslehre nicht als vollbürtige anzusehen. Z. E.

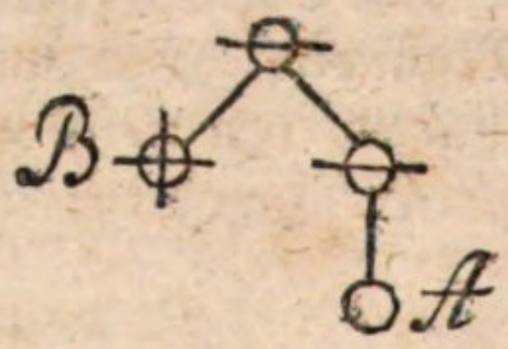


wenn A. und B. aus einem Concubinat, oder einem stupro erzeugt sind: so sind sie keine vollbürtige Geschwister. Sie succediren zwar ihrer Mutter plene,

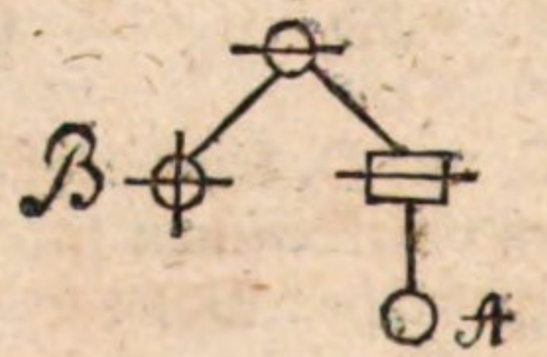
aber dem Vater succediren die aus dem stupro gebohrne Kinder (spurii) nach Römischem Recht gar nicht; die mit einer Concubine erzeugte haben ein eingeschränktes, kein vollkommenes Successionsrecht.

§. 693. Welche Personen sind in dieser Classe successionsfähig?

Alle nach dieser Definition vollbürtige Geschwister sind legitim in der Succession, oder successionsfähig; aber nicht alle Söhne und Töchter derselben, auch nicht alle Ascendenten sind dieß. Will man wissen, welche Kinder der vollbürtigen Geschwister erbfähig sind: so muß man die Regel bemerken: Kinder, die in der ersten Classe ihre Eltern *plene* erben, erben auch in dieser zweyten Classe ihren Oheim und ihre Tante; Kinder hingegen, welche in der ersten Classe nicht vollkommen erbfähig sind, sind es auch in dieser zweyten Classe nicht. Z. E.



A. ist ein naturalis, er erbt also in der ersten Classe seinen Vater nicht plene; folglich kann er auch in der zweyten Ordnung seinem Oheim B. nicht succediren. Hingegen



wenn gleich A. ein naturalis ist: so erbt er doch seine Mutter, er kann daher auch dem B. succediren. Fragt man: welche Ascendenten erbfähig? so ist die Antwort: die Successionsrechte sind wechselseitig; das heißt: wenn mir jemand succediren kann: so kann ich ihm auch succediren. Ist ein Ascendent von der Art, daß ich ihn geerbt hätte, wenn er zuerst gestorben wäre: so erbt er mich auch, wenn ich vor ihm sterbe (* r).

Die Note erläutert diesen Satz mit Exempeln: 1) die per subsequens matrimonium und per rescriptum principis plene legitimirte Kinder succediren ihren Eltern, deswegen succediren die Eltern auch ihnen. 2) Aus einer incestuosen Ehe erzeugte Kinder succediren ihren Eltern nicht, daher auch die Eltern

tern ihnen nicht. 3) Adulterini, ſpurii naturales, vulgo quaeſiti, ex inceſtu, coitu illegitimo nati ſuccediren der Mutter, folglich erbt dieſe auch ihre uneheliche Kinder von beſagter Art. 4) Naturales erben den Vater nur alsdenn, wenn keine legitime Kinder und keine Ehefrau vorhanden ſind. Daher erbt auch der Vater die naturales nur in dem Fall, wenn ſie keine rechtmäßige Ehefrau hinterlaſſen.

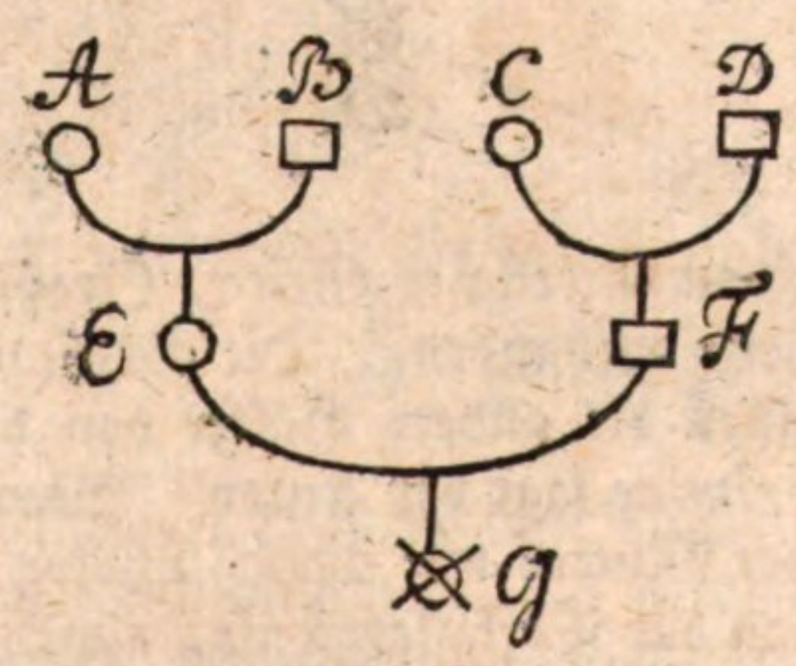
(1) Dieſe Regel hat indeſſen Ausnahmen. Ein minus plene adoptirtes Kind erbt den Vater, dieſer aber ſuccedirt ihm nicht. L. 10. §. 1. in fin. de adopt. (VIII. 48.) Eine mater illuſtris erbt ihren ſpurium, wenn ſie gleich eheliche Kinder hat, da doch der ſpurius in dieſem Fall ihr nicht ſuccedirt. *Koch* de ſucceſſ. ab inteſt. §. 57. Eine Frau erbt das von ihr adoptirte Kind nicht. *Id.* §. 67.

§. 694. Wie wird in dieſer Claſſe ſuccedirt?

Wir wiſſen, wer in der zweyten Claſſe erbt; allein wie wird hier geerbt? Die Regel iſt: Aſcendenten ſuccediren in Linien; Geſchwiſter nach Köpfen; deren Kinder nach Stämmen. Dieſe Regel hat aber zwey Ausnahmen; die erſte heißt: aſcendentes iuncti ſuccedunt in capita, das heißt, Aſcendenten, die mit Geſchwiſtern oder deren Kindern concurriren, ſuccediren nach Köpfen. Die zweyte Ausnahme iſt: fratrum proles ſola ſuccedit in capita, das heißt, wenn keine Aſcendenten, und keine vollbürtige Geſchwiſter, ſondern blos Kinder von vollbürtigen Geſchwiſtern vorhanden ſind: ſo erben ſie nach Köpfen. Die Entwickelung dieſer Sätze folgt in beyden folgenden Paragraphen.

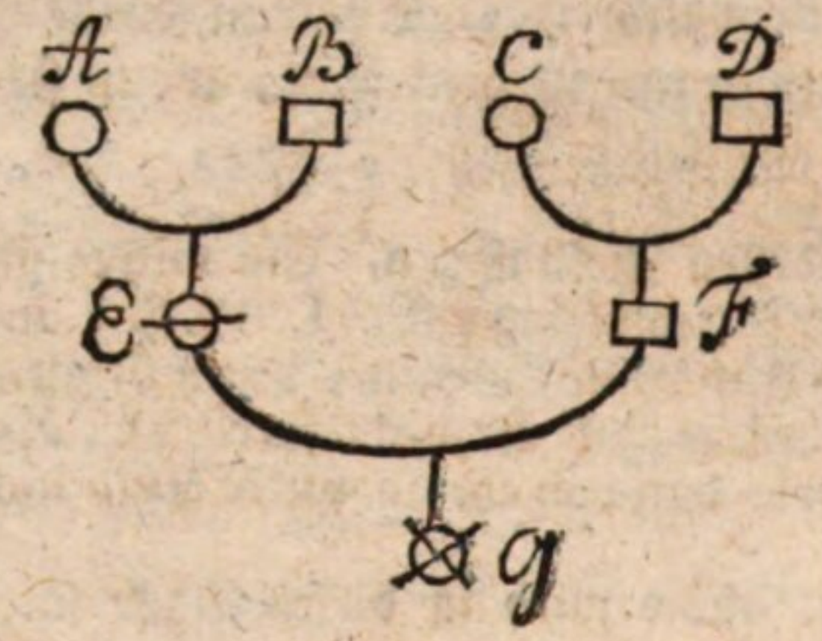
§. 695. Folgeſätze des vorigen.

Nemlich 1) wenn jemand ſtirbt, der Eltern und Großeltern hinterläßt: ſo erben die Eltern allein, die Großeltern bekommen nichts. Alſo



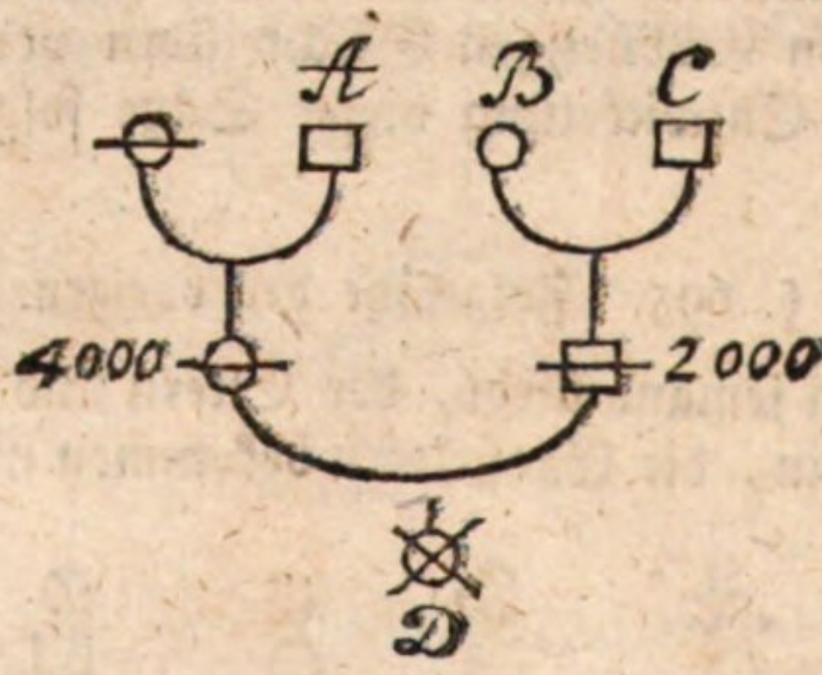
wenn G. ſtirbt: ſo erben E. und F. allein, A. B. C. D. kommen nicht zur Succeſſion.

cession. 2) Wenn eins von den Eltern noch am Leben ist: so erbt dieses, und die Großeltern sind ebenfalls ausgeschlossen. Z. E.



die Erbschaft des G. fällt allein auf F. Die Großeltern A. B. C. D. fallen aus.

3) Wenn nur Großeltern vorhanden sind: so erben sie zusammen, aber nach Linien. Z. E.



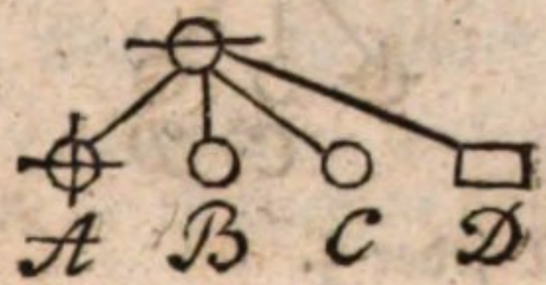
hier ist Großmutter A. von väterlicher Seite, Großvater B. und Großmutter C. von mütterlicher Seite vorhanden. Die Großmutter A. bekommt also die eine, B. und C. bekommen die andere Hälfte von der Erbschaft des D. und zwar *sine bonorum discrimine* sagt der Autor. Wenn nemlich D. von seinem Vater 4000, von seiner Mutter nur 2000 Thaler geerbt hat: so bekommt darum A. nicht mehr von der Verlassenschaft, als B. und C. (* 1).

(1) *Koch* de successione ab intestato, §. 36. *Walch* controvers. p. 255.

§. 696.

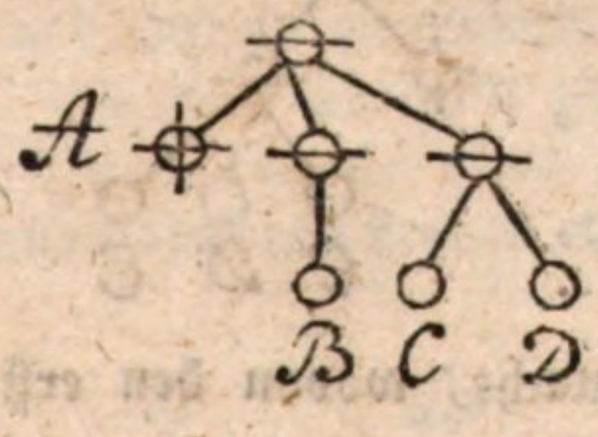
§. 696. Fortsetzung.

4) Wenn der Verstorbene niemand, als vollbürtige Geschwister hinterläßt: so succediren sie nach Köpfen. Z. E.



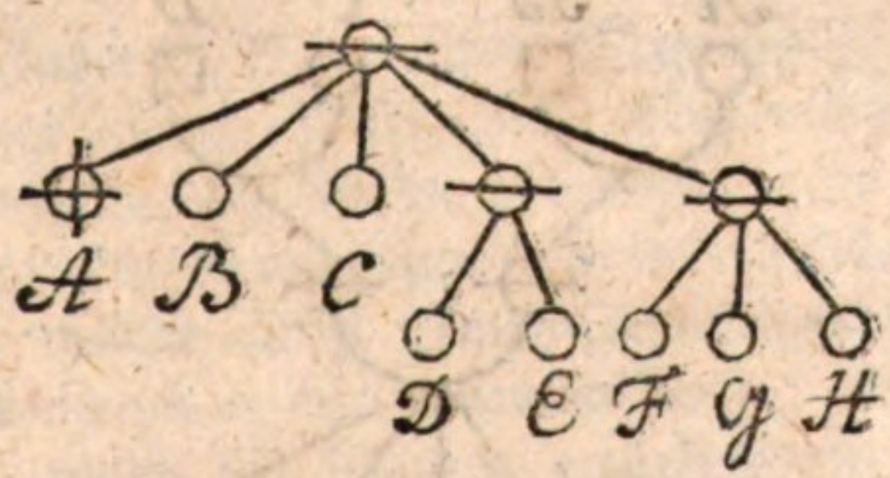
die Verlassenschaft des A. wird in drey gleiche Theile unter die Geschwister B. C. D. vertheilt.

5) Sind nur Kinder von Geschwistern vorhanden, keine Geschwister und keine Ascendenten: so succediren jene ebenfalls nach Köpfen. Z. E.



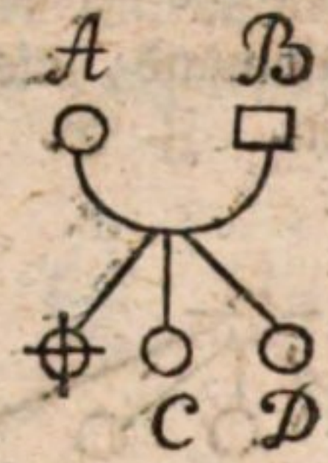
A. ist mit Todt abgegangen, und hinterläßt Niemands, als den B. C. und D. Kinder seiner Brüder. Diese theilen also die Erbschaft unter sich in drey gleiche Theile.

6) Wenn Geschwister mit Kindern von Geschwistern concurriren: so erben jene nach Köpfen, diese nach Stämmen. Z. E.



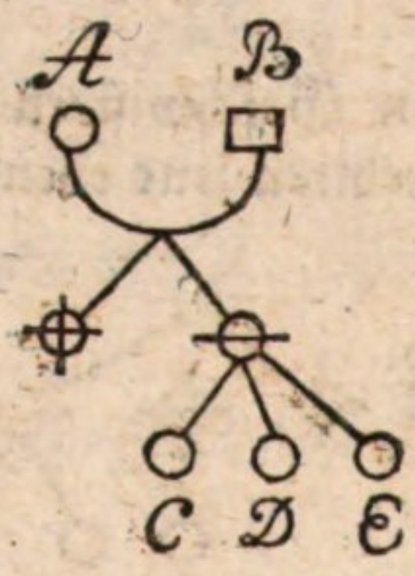
Die Verlassenschaft des A. wird in vier Theile vertheilt; dem ersten bekommt B, den zweyten C, den dritten D. und E, den vierten F. G. und H.

7) Hinterläßt jemand Ascendenten und vollbürtige Geschwister: so erben jene sowohl, als diese nach Köpfen. Z. E.



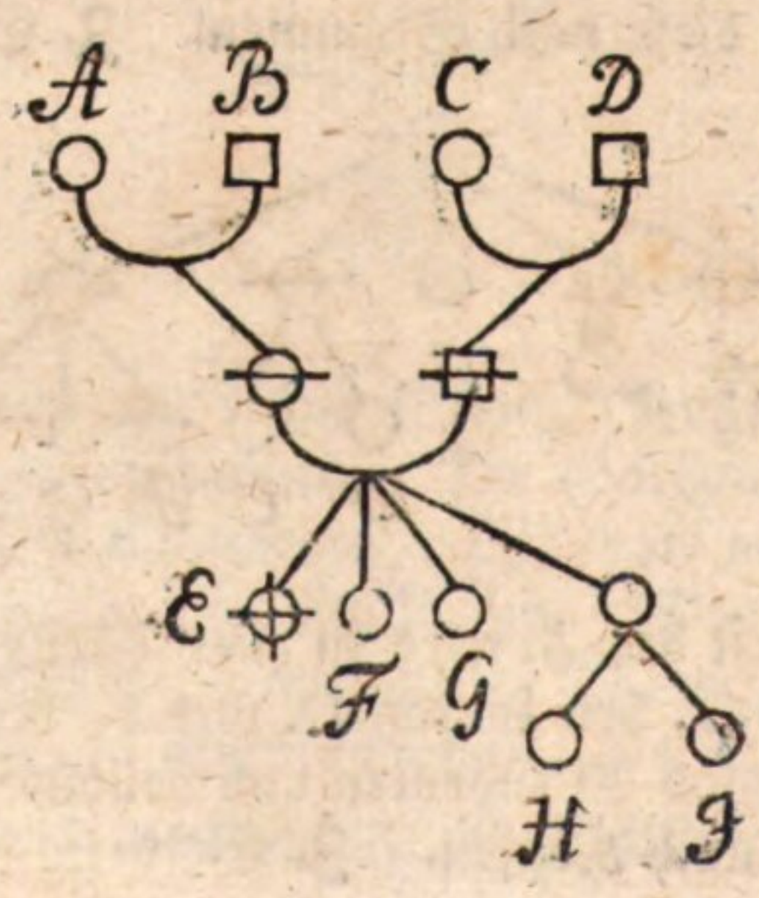
hier erhalten A. B. C. und D. jeder $\frac{1}{4}$.

8) Kommen Ascendenten und Kinder verstorbener Geschwister zusammen: so erben jene nach Köpfen, diese nach Stämmen. Z. E.



hier werden drey Theile gemacht, wovon den ersten A, den zweyten B, den dritten C. D. und E. erhalten.

9) Endlich wenn Ascendenten, Brüder und Bruders Kinder vorhanden sind: so succediren die Ascendenten nach Köpfen, die Brüder ebenfalls nach Köpfen, die Bruders Kinder aber nach Stämmen.



Hier

Hier wird die Erbschaft des E in sieben Theile vertheilt. Sechs derselben fallen auf A. B. C. D. F. G. den siebenden bekommen H. und I.

Dritte Classe.

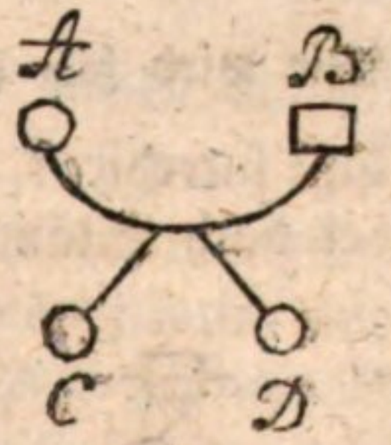
§. 697. Personen der dritten Classe.

Wenn keine Ascendenten, vollbürtige Geschwister und keine Kinder derselben vorhanden sind: so fällt die Succession auf die Halbgeschwister, und deren Söhne und Töchter (* 1).

(1) Es ist also falsch, was einige behaupten, daß die Halbgeschwister mit den Ascendenten erben. *Paul Iac. Birkner* diss. larva absurdae sententiae de successione unilateralium cum ascendentibus detracta. Alt. 1774.

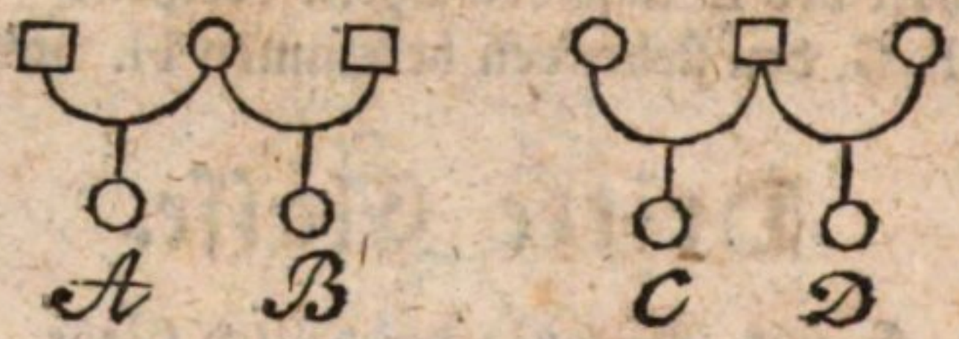
§. 698. Was sind Halbgeschwister?

Halbgeschwister nemlich heissen die, welche nur Einen gemeinschaftlichen parentem haben, dem sie vollkommen succediren. Also a) solche Personen, die von Einem Vater, aber von zwey Müttern sind; b) welche Eine Mutter, aber verschiedene Vätter haben; c) welche zwar einerley Vater und einerley Mutter haben, aber doch nur einem von beyden vollkommen succediren. Z. E.

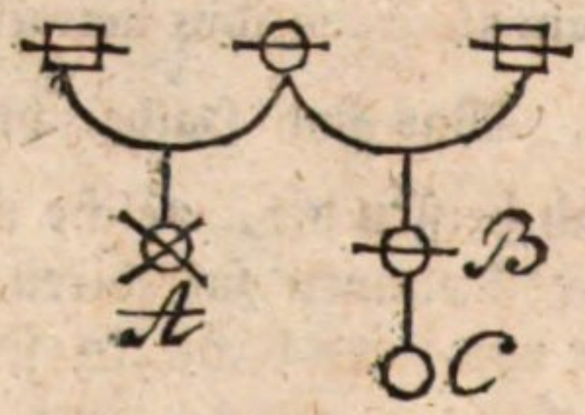


wenn A. und B. die Kinder C. D. in einem Stuprum, einer Fornication, einem Concubinat erzeugt haben: so sind diese Kinder Halbgeschwister; denn sie succediren nur der Mutter, dem Vater gar nicht, oder doch nicht vollkommen. Die Halbgeschwister werden in consanguineos und uterinos eingetheilt. Consanguinei heissen die, welche einen gemeinschaftlichen Vater haben, den sie plene erben (quia ex eodem sanguine procreati sunt). Uterini werden die Halbgeschwister genennt, wenn die Mutter gemeinschaftlich ist (quia ex eodem utero venerunt). Z. E.

A. und



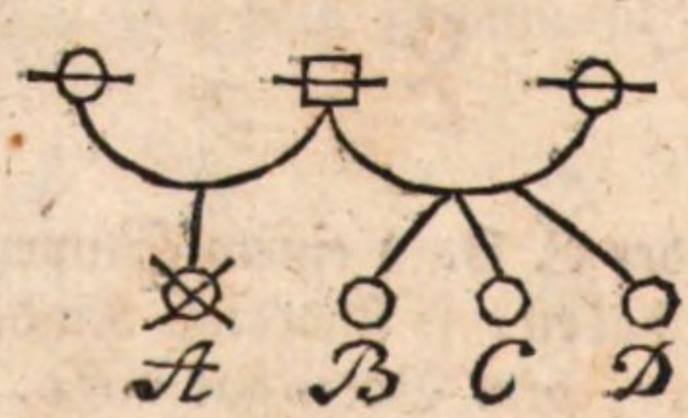
A. und B. sind consanguinei, C. und D. uterini. Alle Halbgeschwister sind übrigens legitimi ad successionem; aber nicht alle Kinder derselben. In Ansehung dieser gilt die Regel: wer in der ersten Classe seinen Eltern vollkommen succedirt, der erbt auch in der dritten Classe seinen Oheim. Z. E.



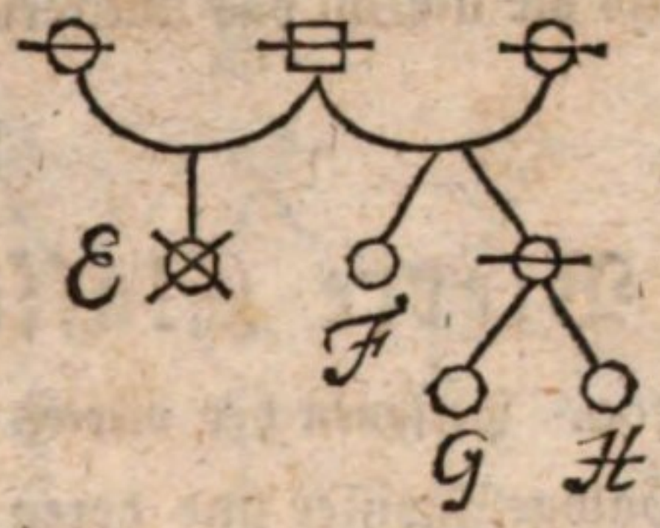
wenn C. ein naturalis ist: so kann er seinem Vater B. nicht vollkommen succediren, daher erbt er auch vom A. nichts.

§. 699. Wie wird hier succedirt?

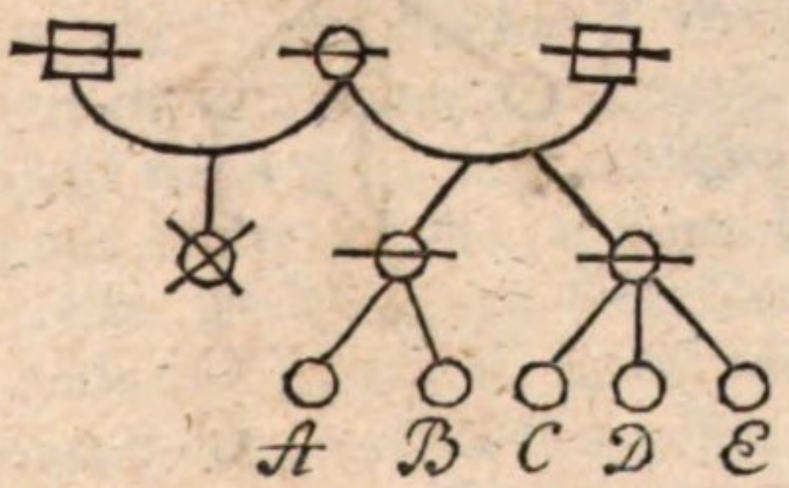
Wie wird aber in dieser Classe succedirt? Die Regel ist: Halbgeschwister erben nach Köpfen, deren Kinder nach Stämmen. Z. E.



wenn des A. Erbschaft zu vertheilen ist: so bekommt von den drey Erben B. C. D. jeder ein Drittel. Hingegen

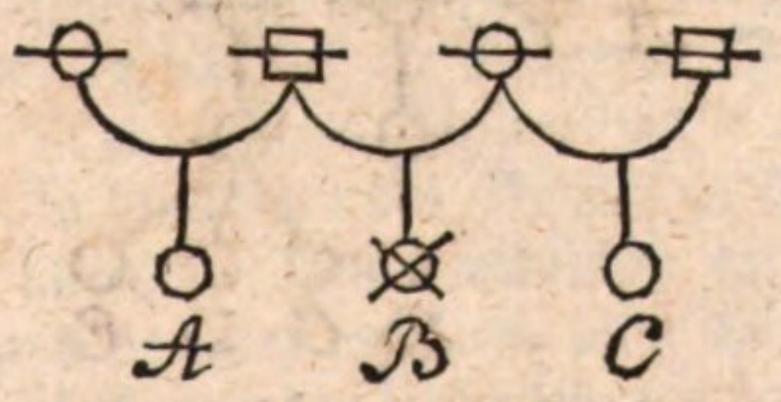


wenn E. ſtirbt: ſo werden zwey Theile gemacht; den einen bekommt F, den andern G. und H. Die Ausnahme dieſer Regel aber heißt: fratrum proles ſuccedit in capita, wenn niemand als verſtorbener Halbgeſchwiſter Kinder vorhanden ſind: ſo erben ſie nach Köpfen. Z. E.



in dieſem Fall wird die Erbſchaft unter A. B. C. D. und E. in fünf gleiche Theile vertheilt.

Nach den Geſetzen iſt auch in dieſer Claſſe auf den Urſprung des Vermögens nicht zu ſehen. Nemlich wenn uterini mit conſanguineis concurriren: ſo haben die conſanguinei aus dem Grund keinen Vorzug, weil der Erblaſſer ſein Vermögen von dem Vater hat, und die uterini haben keinen Vorzug, wofern er es von der Mutter hat. Z. E.



wenn B. gleich ſein Vermögen ganz oder größtentheils vom Vater hat: ſo theilen doch A. und C. die Verlaſſenſchaft zu gleichen Theilen. Allein in der Praxis wird auf den Urſprung des Vermögens geſehen, ſo, daß die conſan-

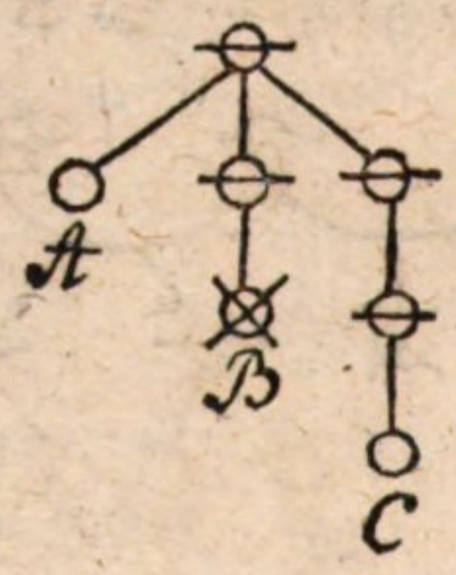
guinei das väterliche, und die uterini das mütterliche Vermögen zum voraus bekommen (* 1).

(1) *Koch* l. c. §. 80.

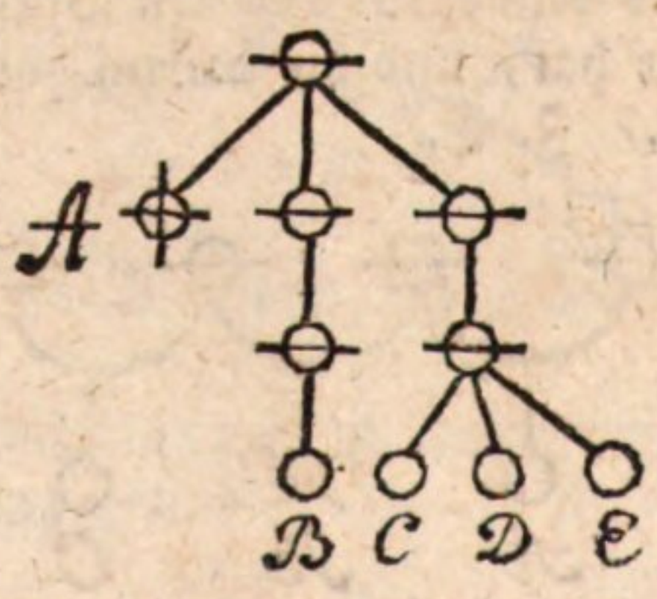
Vierte Classe.

§. 700. Personen der vierten Classe.

Wenn auch keine Halbgeschwister und deren Kinder vorhanden sind: so kommen die übrige Verwandten nach der Nähe des Grades zur Erbschaft, sie mögen Agnaten oder Cognaten, Manns- oder Weibspersonen seyn. Also 1) der nähere schließt den entferntern aus, Z. E.

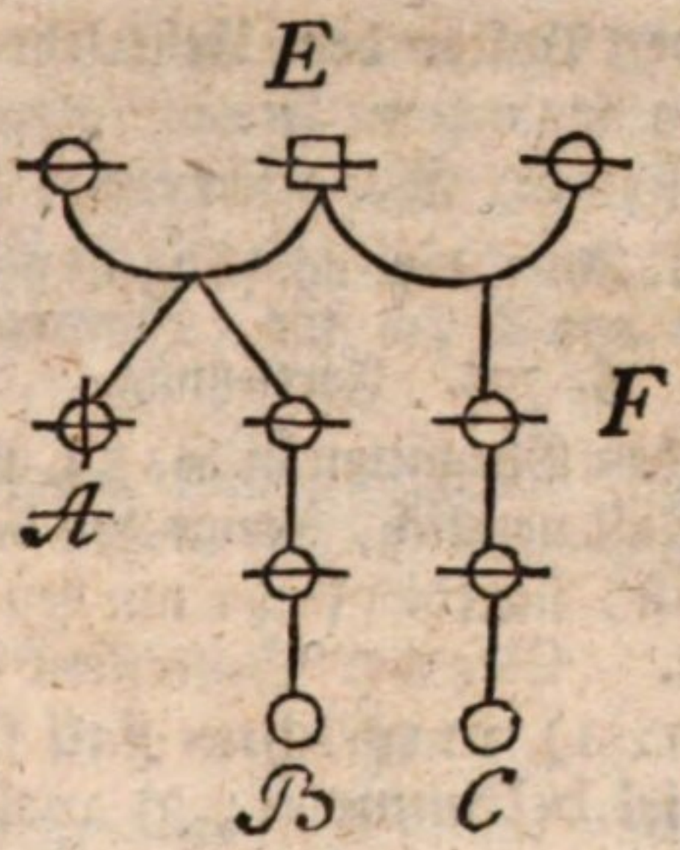


wenn von des B. Verlassenschaft die Rede ist: so erbt A. und schließt den C. aus. Denn A. ist ein Verwandter im dritten, C aber im fünften Grade. Also erst in dieser Classe werden die Grade gezählt, in den vorhergehenden nicht. 2) Mehrere Personen, die in einerley Grad stehen, erben nach Köpfen. Z. E.



Des A. Erbschaft wird in vier Theile unter B. C. D. E. vertheilt. 3) Die duplicitas vinculi kommt nicht in Betrachtung; das heißt, es kommt nichts darauf an, ob ein Verwandter von Halbgeschwistern oder von vollbürtigen Geschwistern abstammt. Z. E.

dem



dem A. succedirt C. sogut, als B. obgleich des B Großvater ein vollbürtiger, des C. Großvater aber nur ein Halbruder des Erblassers war.

4) Wer in dieser Classe erben will, muß erbfähig seyn; es muß zwischen ihm und dem Verstorbenen keiner stehen, welcher seinen parentem (Vater oder Mutter, durch welchen der Erbe mit dem Verstorbenen verwandt ist, nicht vollkommen erben konnte. Wenn z. E. B. ein naturalis seines Vaters ist: so kann er dem A. nicht succediren, weil er kein volles Erbrecht auf seines Vaters Vermögen hat. Ist hingegen der Großvater des C. der F gleich ein naturalis seiner Eltern: so erbt dennoch C. den A. Denn F. succedirt seiner Mutter E. plene.

DE SUCCESSIONE EX SPECIALI FUNDAMENTO.

§. 701. Personen, die aus besondern Gründen erben.

Aus einem besondern Fundament succediren 1) *socii liberalitatis principalis.* Das heißt, wenn der Landesherr mehreren Personen etwas zusammen schenkt, und einer mit Todt abgehet, ohne einen Testamentserben und Verwandte zu hinterlassen: so succediren die übrigen in der geschenkten Sache. Z. E. Der Landesherr schenkt zweyen Soldaten, die sich im Krieg distinguirt haben, ein Landgut, und der eine verstirbt ohne Hinterlassung eines andern Erben. In diesem Fall bekommt der Ueberlebende das ganze Landgut. 2) Die Ehegatten. In den alten Zeiten Roms kamen die meisten Weiber in *manum mariti*, und succedirten daher dem Mann als suae heredes (*[1]). Eine Frau hingegen, die nicht *in manu* gewesen war, succedirte ihrem Mann nicht, und er ihr nicht. Nur in dem Fall, wenn ein Ehegatte ohne Hinterlassung eines

andern Erben starb, gab der Prätor dem Ueberlebenden bonorum possessionem contra tabulas. Da in den neuern Zeiten die conventiones in manum abkamen: so war die Succession der Ehegatten etwas höchst seltenes.

(1) *d'Arnaud* var. conject. lib. 1. cap. 29. p. 196.

§. 702. Fortsetzung.

Justinian gab daher den Ehegatten in der 53. und 117. Novelle ein besseres Erbrecht. In dem Fall nemlich, wenn der verstorbene Ehegatte reich, und der hinterlassene arm ist, succedirt dieser mit den nächsten Erben, mit den Kindern des Verstorbenen. Bey der Succession der Ehegatten lassen sich also drey Fragen aufwerfen: 1) in welchem Fall succedirt der überlebende Ehegatte; 2) wie viel bekommt er; 3) welches Recht hat er auf seine Erbportion?

Die erste Frage ist schon im vorhergehenden beantwortet: entweder ist der Verstorbene reich und der Ueberlebende arm, oder nicht. Im ersten Fall erbt der überlebende mit den Verwandten. Im letzten aber, wenn der Verstorbene nicht reich, oder der Ueberlebende nicht arm ist,) succedirt der Ueberlebende erst alsdann, wenn gar keine Verwandte vorhanden sind. Was ein reicher und armer Ehegatte sey, ist in den Gesetzen nicht bestimmt. Insgemein sagt man, reich sey der Verstorbene, wenn seine Verlassenschaft zum Unterhalt des Ueberlebenden Ehegatten und der übrigen Erben hinreiche; arm sey der Ueberlebende, wenn sein Vermögen nicht so beschaffen sey, daß er seinem Stand gemäß davon leben könne (* 1).

Zweyte Frage: wie viel bekommt der überlebende Ehegatte? Man unterscheide zwey Fälle: 1) wenn er mit drey oder weniger Erben concurriret: so bekommt er ein Viertel der Erbschaft. 2) Concurrirt er mit vier oder mehreren Erben; so erhält er eine Virilportion; das heißt, es werden so viele gleiche Theile, als Personen, gemacht, und von diesen bekommt der Ehegatte einen. Kurz, der Ehegatte kann nie mehr, als eine Quart, wohl aber weniger erhalten.

Dritte Frage: welches Recht bekommt der Ehegatte auf seine Portion? Auch hier unterscheide man zwey Fälle: 1) wenn der Ehegatte mit seinen Kindern oder Enkeln erbt; 2) wenn er mit andern Personen, z. E. seinen Stiefkindern, mit Eltern, Geschwistern des Verstorbenen concurrirt. Im ersten Fall bekommt der Ehegatte blos den Nießbrauch seines Erbtheiles, die Kinder oder Enkel haben die Proprietät; im letzten aber erhält der Ehegatte ein vollkommenes Eigenthumsrecht.

Anmerkung. Daß die Wittwe, im Fall sie arm ist, dem Mann succedire,

cedire, ist außer Zweifel. Aber hat auch der Wittwer ein Erbrecht? Dieß leugnen viele (* 2). Sie gründen sich auf die 117. Novelle. Allein diese redet blos von dem Fall, wenn der Mann seine Frau ohne Ursache verstossen hat, und verordnet, daß er alsdenn nichts von ihr erben solle. Wenigstens ist es in der Praxis ausgemacht, daß der Mann ein gleiches Erbrecht mit der Frau habe (* 3).

(1) Strube rechtl. Bed. 2. Band, 58. Bed. *Koch* l. c. §. 111.
(2) *Cuiacius* ad Nov. 53. *Rittershuf.* ad Nov. part. 7. cap. 17. *Voet.* ad Pand. lib. 38. tit. 17. §. 24.
(3) *Koch* l. c. §. 110. *Walch* controv. p. 257.

§. 703. Fortsetzung.

Hinterläßt der Verstorbene auch keinen Ehegatten: so succedirt 3) das *collegium* und *corpus*, dessen Mitglied er war, wofern dasselbe dieses Privilegium hat. Nicht alle Collegia haben das Recht, ihren Mitgliedern zu succediren, sondern nur a) die Kirchen, wenn ein bey ihnen ordinirter Geistlicher stirbt; b) die Academien in der Verlassenschaft einer academischen Person; c) die Compagnie im Vermögen eines Soldaten. 4) Erbt derjenige, welcher einen Blödsinnigen, dessen sich die Intestat- oder Testamentserben nicht annehmen, zu sich nimmt, und bis an dessen Tod verpflegt. Nur muß er die Erben des Blödsinnigen zu dessen Verpflegung aufgefordert, und diese dem ungeachtet solche unterlassen haben. Wenn von allen vorgedachten Personen keine vorhanden ist, welche Anspruch an die Verlassenschaft machen kann: so nimmt sie der Fiscus als eine herrenlose Sache weg. Doch muß dieses binnen vier Jahren geschehen, sonst bleibt die Erbschaft dem Besitzer.

DE HEREDITATIS PETITIONE ET DIVISIONE.

§. 704. 705. Klage aus dem Erbrecht.

Aus dem Erbrecht entsteht eine Klage, welche *hereditatis petitio* heißt. Diese Erbschaftsklage ist eine actio universalis mixta, die der Erbe anstellt gegen den, welcher die Erbschaft pro herede oder pro possessore besitzt; und zwar zu dem Ende, daß er, Kläger, für den wahren Erben erklärt, und der Besitzer angehalten werde, die Erbschaft cum omni causa herauszugeben. Ich sage: sie ist eine actio *universalis*. Denn ihr Gegenstand ist eine universitas iuris.

§. 706. Grundsätze bey derselben.

Weil das Erbrecht ein dingliches Recht ist, und die Erbschaftsklage aus

dem Erbrechte entsteht: so ist sie eine Realklage. Denn so heissen die aus dem dinglichen Recht entspringende Klagen. Allein sie ist auch eine Personalklage; denn der Kläger verlangt, daß der Besitzer Rechnung ablege und Schäden ersetze. Diese Forderungen entstehen aus einer Verbindlichkeit, gründen sich in einem *iure ad rem*. Aus dieser Ursache heißt die Erbschaftsklage actio *mixta* (* 1).

2) Sie kann sowohl von dem Testaments- als Intestaterben, heutigestags auch von einem herede factitio angestellt werden.

3) Weil sich aber keine Erbschaft denken läßt, wo nicht ein Verstorbener ist: so hat auch die Erbschaftsklage nicht eher statt, als bis das Absterben desjenigen gewiß ist, dessen Vermögen der Kläger verlangt. Der Kläger muß also dieses Absterben durch Zeugen, Attestate der Obrigkeit, des Geistlichen u. d. gl. beweisen. Wenn jemand in die Fremde gegangen ist, und man von seinem Leben oder Todt nichts erfahren kann; von seinem Geburtstage an aber 70 Jahre verflossen sind: so wird er für todt gehalten, und sein Vermögen den nächsten Verwandten verabfolgt (* 2).

4) Die Erbschaftsklage kann nur gegen den angestellt werden, welcher die Erbschaft, oder einen Theil derselben, oder eine Sache daraus pro herede oder pro possessore, nicht gegen den, welcher titulo singulari besitzt. Nemlich, wer die Erbschaft besitzt, und nicht behauptet, daß er Erbe sey, aber gleichwohl a) gar keinen andern Titel allegiren kann, oder b) einen offenbar nichtig allegirt, der besitzt *pro possessore*. Wer aber behauptet, daß er Erbe sey, besitzt *pro herede* (* 3). *Titulo singulari* besitzt, wer einen von den oben angeführten (§. 294.) titulis dominii translativis, z. E. pro emto, pro donato, pro permutato, allegiret; d. i. er behauptet, daß er diese Sache gekauft, geschenkt bekommen, eingetauscht habe. Daß ich die Erbschaftsklage gegen den anstellen kann, der pro herede oder pro possessore besitzt, ist leicht einzusehen; denn der erstere behauptet, daß er Erbe sey, der letztere hat gar keinen Titel; sobald ich also mein Erbrecht beweise, müssen mir beyde weichen (* 4). Hingegen wenn jemand etwas titulo singulari besitzt: so bestreitet er mir mein Erbrecht nicht, er bezweifelt aber, ob die Sache dem Erblasser eigenthümlich gehört, oder nicht von ihm selbst schon alienirt worden sey: folglich kann ich gegen ihn nichts ausrichten, wenn ich hereditatis petitionem anstelle, und beweise, daß ich Erbe sey. Ich muß rei vindicatione klagen; zeigen, daß ich Eigenthümer der Sache bin, die er besitzt (* 5). Da übrigens der, welcher dolose aufgehört hat, zu besitzen, noch immer als Besitzer angesehen wird (§. 281.): so kann auch gegen ihn die Erbschaftsklage angestellt werden.

5) Wenn der Besitzer die Erbschaft bona fide besessen hat: so giebt er nur

a) das-

a) dasjenige, was er noch wirklich besitzt, und b) so viel, als er durch den Genuß der Erbschaft reicher geworden ist. Z. E. Wenn ich eine Erbschaft besessen, die Früchte genossen, und deswegen 1000 Thlr. von dem meinigen weniger ausgegeben habe: so bin ich um diese Summe reicher, und muß sie dem wahren Erben herausgeben. Er braucht also nicht dafür zu haften, a) wenn er etwas von der Erbschaft verlohren, b) verschwendet, c) verdorben hat. Für alles dieses aber muß der malae fidei possessor stehen, muß auch die fructus percipiendos ersetzen. (§. 332.)

(1) Die Einwürfe gegen diese Benennung hebt *Bachov.* tract. de act. Disp. th. 7.

(2) In Römischen oder allgemeinen Deutschen Gesetzen ist dieser Satz nicht, sondern blos in der Praxis gegründet. *Leyser* l. c.

(3) *Struv.* exerc. th. 47.

(4) *Branchu* observ. cap. 6. und *Car. Ferd. Hommel* in epist. de mirabili Ulpiani impostura, existimantis adversus eum, qui pro possessore possidet, non rei vindicationem, sed hereditatis petitionem instituendam esse, halten es für einen Irrthum, daß die alte Juristen die Erbschaftsklage gegen einen zugelassen haben, der pro possessore besitzt. Aber ihre Gründe sind nicht überzeugend.

(5) *Vinn.* sel. quaest. lib. I. cap. 23. setzt die Sache sehr gut auseinander. S. auch *Oelze* progr. de actione reali adversus quemcumque possessorem non competente, §. 11.

§. 707. Ihre Gattungen.

I. Die Erbschaftsklage begreift mancherley Gattungen unter sich. Drey, die actionem expletoriam, querelam nullitatis und inofficiosi haben wir oben schon kennen gelernt. Die übrige sind: I. *partiaria hereditatis petitio*, oder *actio, si pars hereditatis petatur.* Sie unterscheidet sich von der totali in folgenden Puncten: 1) in der hereditatis petitione totali bitte ich, mich für den einzigen Erben zu erklären, und den Besitzer zur Abtretung alles dessen, was er aus der Erbschaft besitzt, anzuhalten. In der partiali hingegen bitte ich mich für einen Miterben zu erklären, und den Besitzer anzuhalten, daß er mir meinen Antheil herausgebe. 2) Jene wird angestellt gegen einen solchen, den ich nicht als Erben anerkenne; diese gegen einen, den ich als Miterben agnoscire, der mich aber dafür nicht gelten lassen will. II. *Possessoria hereditatis petitio* heißt die Erbschaftsklage, welche der prätorische Erbe, oder bonorum possessor, wenn er bonorum possessionem gebeten und erhalten hat, gegen den Besitzer der Erbschaft anstellt. III. Die *fideicommissaria hereditatis petitio* setzt folgenden Fall voraus: Ich bin zum Erben eingesetzt, soll aber die Erbschaft an den A. restituiren. Weil ich nicht im Besitz der Erbschaft bin, sondern ein dritter B. dieselbe besitzt, und mir vorenthält: so bin ich nicht im Stand, die Restitution wirklich vorzunehmen. Ich trete also die Erbschaft

nur

nur mit Worten an; restituire sie auch mit blosen Worten dem A, und dieser stellt nun gegen den Besitzer B. hereditatis petitionem fideicommissariam an.

§. 708. Was ist actio familiae herciscundae?

Die *actio familiae herciscundae* setzt voraus a) daß eine Erbschaft mehreren Miterben gehört, b) daß einer sie bisher besessen und administrirt hat, c) daß dieser oder die übrigen aus der Gemeinschaft heraus, und die Erbschaft vertheilt haben wollen. Wenn nur einer oder einige in dieser Absicht klagen: so heißt die Klage actio familiae herciscundae; denn *familia* bedeutet in der alten lateinischen Sprache die Erbschaft, und *herciscere* vertheilen.

Sie wird also 1) von einem Miterben angestellt; so lange mich ein anderer nicht für einen Miterben passiren läßt, kann ich ihn nicht actione familiae herciscundae belangen. 2) Der Besitzer muß als Miterbe besitzen. Denn besitzt er titulo singulari, z. E. er hat eine Sache aus der Erbschaft gekauft: so kann ich gegen ihn mit dieser Klage nichts ausrichten. 3) Der Zweck derselben ist, daß der Besitzer abtheilen soll. Diese Abtheilung aber erstreckt sich nicht a) auf die Activ- und Passivschulden; denn diese sind *ipso iure* unter den Miterben vertheilt. Das heißt, wenn der Erblasser z. E. 1000 Thaler ausstehende Schulden hat, und zwey Erben A. und B. hinterläßt: so gehören dem A. 500 Thaler von jedem Ausstand, und dem B. eben so viel, ohne daß sie sich in die Schuld zu theilen brauchen. Gleichergestalt wenn der Erblasser 1000 Thaler schuldig ist, und zwey Erben hat: so hat jeder derselben 500 Thaler zu bezahlen, ohne daß darüber ein Vertrag nöthig ist. b) Nicht auf Dinge, deren Gebrauch verboten ist; z. E. verbotene Bücher; denn diese werden confiscirt. c) Nicht auf gemeinschaftliche Documente; denn diese lassen sich, wenn sie anders brauchbar bleiben sollen, nicht in Stücke zerschneiden. Man giebt sie also einem von den Miterben in Verwahrung, oder legt sie an einem dritten sichern Orte nieder. 4) Die actio familiae herciscundae geht aber auch weiter dahin, daß der bisherige Verwalter der Erbschaft Rechnung ablege, und die etwa der Erbschaft zugefügten Schäden ersetze; hingegen ihm auch die Kosten und Auslagen wieder bezahlt werden sollen. Klagt nemlich der bisherige Besitzer und Verwalter der Erbschaft: so verlangt er Kosten und Auslagenersetzung; klagen hingegen die andere Miterben: so fordern sie Rechnungsablage und Ersetzung des Schadens.

§. 709. Von der Collation.

Bey der Erbtheilung muß zuweilen eine Collation, Einwerfung geschehen; einer oder der andere Miterbe muß conferiren, was er empfangen hat. Wenn nemlich Kinder ihre Eltern erben, und schon etwas inter vivos, aber nicht in der Absicht, daß sie es zum Voraus haben sollen, erhalten haben:

so

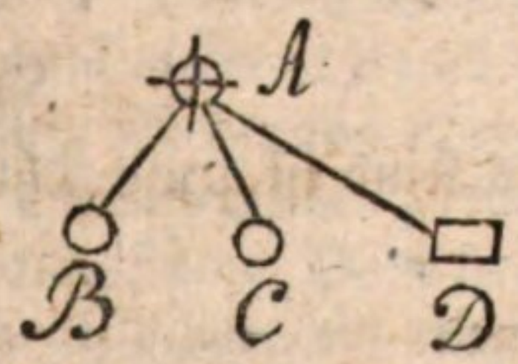
so müssen sie sich dasselbe anrechnen lassen, zur Feststellung der Gleichheit, und dieses heißt conferiren.

Die Gelegenheit zur Collation gab die bonorum possessio, welche der Prätor den emancipirten Kindern ertheilte. Diese nemlich erbten nun mit den suis. Gleichwohl hatten die sui alles, was sie erworben hatten, dem Vater überlassen müssen, und die emancipati hatten für sich selbst acquirirt. Daraus entstand eine Unbilligkeit, eine Läsion für die suos. Daher setzte der Prätor fest, daß, wenn sui mit emancipatis erbten, die letztere das Vermögen conferiren sollten, was sie nach der Emancipation erworben hatten (*-1). Da nach dem neuen Römischen Recht ein filiusfamilias nicht mehr alles dem Vater acquiriret: so fällt die Collation in dem obgedachten Fall weg; aber sie hat in andern Fällen statt, welche der folgende §. näher bestimmen wird.

(1) *Bach.* hist. iurispr. rom. lib. 2. c. 2. §. 12.

§. 710. Grundsätze bey derselben.

Die Collation gründet sich auf den vermuthlichen Willen der Eltern. Es ist nemlich zu vermuthen, daß die Eltern die Kinder gleich gehalten haben wollen. Sie geschieht daher nur 1) wenn Kinder ihren Eltern aus einem Testament oder ab intestato succediren. Unter Eltern verstehe ich hier alle Ascendenten, unter Kindern alle Descendenten. Wenn Eltern den Kindern, oder Seitenverwandte einander succediren: so wird nicht conferirt. 2) Wenn einige derselben, oder auch alle, schon von den Eltern etwas inter vivos erhalten haben. Z. E.



A. stirbt, der Sohn B. hat zu Bestellung einer donationis propter nuptias 1000 Thaler, der Sohn C. zur Erkaufung eines Hauses 2000 Thaler, die Tochter D. zur Brautgabe 4000 Thaler bekommen. Jedes muß sich also das schon erhaltene anrechnen und abkürzen lassen. Was 3) die Kinder *mortis causa* von den Eltern bekommen, wird nicht angerechnet. Denn der Grund der Collation fällt weg. Wenn die Eltern einem Kind etwas mortis causa schenken, oder zum Voraus vermachen: so geben sie zu erkennen, daß sie keine Gleichheit unter den Kindern haben wollen. Eben so wenig werden 4) die peculia castrensia, quasi castrensia und adventitia conferirt. Wenn die castrensia und quasi castrensia von den Kindern selbst acquirirt worden sind: so ist es na-

türlich, daß sie ihnen nicht angerechnet werden können; so wenig als die adventitia. Aber merkwürdig ist, daß diese peculia, vermöge eines privilegii auch alsdann nicht conferirt werden, wenn sie die Eltern den Kindern gegeben haben. Z. E. wenn der Vater seinem Sohne 500 Thaler zu Anschaffung einer Officiersequipage gegeben hat: so ist der Sohn nicht schuldig, dieses Geld zu conferiren. Auch was ein Sohn verstudiret, braucht er sich nicht anrechnen zu lassen (*1). Ferner 5) wenn die Kinder etwas von den Eltern in der Absicht bekommen haben, daß sie es zum Voraus haben sollen: so conferiren sie es nicht. Dahin gehören die Geschenke; denn, wenn die Eltern einem Kinde etwas schenken: so wollen sie, es soll das Geschenk zum Voraus haben (*2). Nur muß es, wie die Juristen reden, donatio *simplex*, nicht *ob causam* seyn. Wenn also die Eltern den Kindern etwas zum Brautschatz, zur Errichtung eines Hausweseus, zur Anschaffung eines Waarenlagers, Handwerkszeuges u. d. gl. schenken: so wird das Geschenk allerdings conferirt. Indessen sind viele Juristen anderer Meynung, und behaupten, daß jedes Geschenk conferirt werden müsse (*3). Endlich 6) ceßirt auch die Collation, wenn die Eltern sie erlassen; denn Vermuthung muß der Gewißheit nachstehen (*4).

Die Berechnung bey der Collation übrigens geschieht also:

Baares Vermögen z. E. ist	5000	Thlr.
Der Sohn A. hat schon bekommen	1000	"
Der Sohn B.	2000	"
Die Tochter C.	4000	"
Summa	12000	Thlr.

Also das Erbtheil für jedes Kind ist 4000 Thlr. Folglich heißt es:

A. soll haben	4000	Thlr.
Hat aber schon bekommen	1000	"
Erhält also noch heraus	3000	Thlr.
B. soll haben	4000	"
Hat schon bekommen	2000	"
Erhält also noch	2000	Thlr.
C. soll haben	4000	Thlr.
Hat schon bekommen	4000	"
Erhält also	0	

(1) *Io. Ioach. Schoepfer* diss. de sumtibus studiorum (Frf. 1736.) Auch der Betrag der Bücher, welche der Vater seinem Sohn kauft, wird nicht conferirt.

rirt. *Io. Frid. Wernher* diſſ. de collatione circa libros ſtudiorum gratia comparatos, in eiusd. disquiſit. iurid. collect. nova, p. 128. ſqq. *Maſcov.* l. c. §. 3. ſqq.

(2) *Beck* de collat. bonor. cap. 4. §. 99. ibique citati. *Wernher* part. 1. obſ. 317. *Gottfr. Maſcov.* diſſ. de collat. bonor. §. 30. in opuſc. p. 296. ſqq. *Walch* controv. p. 258. ibique citat. *Car. Frid. Paelicke* diſſ. de donatione ſimplici in hereditatem paternam non conferenda, Helmſt. 1762. dieſer Meynung iſt auch *Pufendorf* tom. 1. obſ. 171. doch mit gewiſſen Einſchränkungen.

(3) Man ſ. z. E. *Stryk* de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ. 11. cap. 4. §. 13. *Leyſer* ſp. 410. med. 1. *Io. Heumann* exercit. vol. 1. ſpec. 9.

(1) Eine ſolche Erlaſſung iſt auch alsdann geſchehen, wenn die Eltern das ganze Vermögen unter die Kinder vertheilen; z. E. der Vater ſagt: mein älteſter Sohn ſoll alle meine unbewegliche, mein jüngſter alle bewegliche Vermögensſtücke haben. Struve rechtl. Bed. 2. Band, 98. Bed.

DE IURE PIGNORIS.

§. 711. Uebergang zu dieſer Materie.

Wir haben oben gehört (§. 286.), daß das dingliche Recht vier Gattungen habe, Eigenthum, Dienſtbarkeit, Erbrecht und Pfandrecht. Die drey erſte Gattungen ſind nun abgehandelt, der vierte iſt im Text der Inſtitutionen ganz übergangen, in unſerm Lehrbuch aber hier eingeſchaltet worden.

§. 712. Dreyerley Bedeutungen des Worts pignus.

Das Wort pignus wird in dreyerley Bedeutungen genommen. Denn 1) verſteht man darunter einen Contract, und zwar den, worinn ich einem eine Sache zur Sicherheit ſeiner Forderung übergebe, mit dem Beding, daß er ſie mir nach Abtragung der Schuld wieder zurück geben ſoll. Dieſer Pfandcontract iſt alſo von der Hypothek oder Verſchreibung unterſchieden. Denn dieſe iſt ein pactum, wodurch ich einem ein dingliches Recht auf eine Sache zur Sicherheit ſeiner Forderung gebe, aber ohne ihm die Sache zu tradiren. Dieß iſt der wahre Unterſchied zwiſchen dem pignore und der hypotheca. Er iſt alſo nicht, wie einige thun, darinn zu ſuchen, daß das pignus nur in beweglichen (*[1]), die Hypothek nur in unbeweglichen Sachen ſtatt finde.

(1) Dieß behauptet z. E. *Walch* in controverſ. p. 266. Aber man ſ. *Hellfeld* diſſ. de hypotheca mobilium, cap. 3. in opuſc. pag. 162. ſqq. In einigen neuen deutſchen Geſetzen iſt übrigens die Hypothek beweglicher Sachen für ungiltig erklärt.

§. 713. Fortſetzung.

Das Wort pignus bedeutet aber auch 2) das dingliche Recht, welches

der Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung erhält; und in diesem Verstand ist es entweder *ius pignoris stricte dictum*, oder *ius hypothecae*. Ius pignoris stricte dictum ist, wenn der Gläubiger die Sache besitzt, ius hypothecae, wenn er sie nicht im Besitz hat. Endlich 3) bedeutet das Wort pignus auch die Sache, auf welche der Gläubiger das dingliche Sicherheitsrecht erhält. Wird diese Sache ihm übergeben: so heißt sie *pignus stricte*, im Deutschen, sofern es eine bewegliche Sache ist, ein Faustpfand, ein handhabendes Pfand; wird sie nicht übergeben: so heißt sie hypotheca. Also das Wort hypotheca hat auch dreyerley Significate; denn es bedeutet a) ein pactum, b) ein Recht und c) eine Sache.

Nach dem Römischen Recht hat das Faustpfand vor der Hypothek keinen Vorzug (* 1). Aber nach dem Hamburgischen und Lübischen Recht geht das Faustpfand im Concurs allen Hypotheken vor (* 2).

(1) L. 12. pr. et §. fin. D. qui pot. in pign. L. 11. pr. eod. L. 8. C. eod. *Boehmer* diss. de diverf. pign. et hypoth. iure, cap. 1. §. 13. in Exercit. ad Pand. tom. 3. p. 831. *Leyser* sp. 223. m. 1. *Friccii* Diss. de differ. jur. rom. et germ. circa pignus in manus traditum, diff. 2. p. 23. sqq.

(2) Hamb. Recht part. 2. tit. 4. art. 2. Lüb. Recht part. 3. tit. 4. art. 5. *Brockes* sel. obs. for. obs. 487. *Engelbrecht* ad *Mev.* obs. 12. *Balthaser* de classif. cred. in concurs. part. 2. sect. 1. pag. 25. * *

§. 714. Eintheilung des Pfandrechtes a) in Rücksicht auf dessen Fundament.

Das Pfand ist also in Absicht seines Fundaments, oder seiner wirkenden Ursache entweder pignus *voluntarium*, oder *necessarium*. (S. die 45 Tabelle.) Voluntarium heißt es, wenn es vom Schuldner bestellt, necessarium, wenn es ohne dessen Einwilligung gegeben wird. Das voluntarium ist entweder *conventionale*, oder *testamentarium*. Jenes wird durch einen Vertrag, dieses in einem letzten Willen bestellt. Sowohl das erste, als letzte wird in *expressum* und *tacitum* eingetheilt. Pignus conventionale expressum ist vorhanden, wenn ich dem Gläubiger mit klaren Worten ein dingliches Recht zu seiner Sicherheit ertheile; tacitum, wenn sich aus factis, oder auch aus einem ausdrücklichen Vertrag schliessen läßt, daß ich ihm ein solches Recht habe geben wollen. Dahin gehört der Fall: wenn ich bey einem Geld borge, und ihm eine Handschrift von meinem Schuldner einhändige; wenn ich einem zu zahlen verspreche, bey Vermeidung der Hülfe in meine Güter ꝛc. (* 1) Pignus testamentarium expressum ist vorhanden, wenn der Testator einem chirographischen Gläubiger ein Pfandrecht ausdrücklich vermacht (* 2); tacitum, wenn sich ein solches Pfandrecht aus der Willensverordnung des Testators schliessen läßt, z. E. wenn mir jemand eine jährliche Einnahme aus einem gewissen

Grund-

Grundstück vermacht: so habe ich ein stillschweigendes testamentliches Pfandrecht auf das Grundstück.

(1) *Hert.* diss. de pignore conventionali tacito, in opusc. vol. 2. part. 3. pag. 206. *Leyser* sp. 223. med. 3. sp. 235. med. 1. *Erxleben* princip. de iure pignor. et hypothecar. pag. 39. sq.
(2) *Erxleben* l. c. pag. 41. sqq.

§. 715. Das nothwendige Pfandrecht ist dreyerley.

Das nothwendige Pfandrecht ist entweder ein gesetzliches, *legale*, oder ein prätorisches; das prätorische entweder *praetorium stricte*, oder *iudiciale*. Nemlich die Gesetze selbst geben in vielen Fällen dem Gläubiger ein Pfandrecht, dergestalt, daß er nicht nöthig hat, sich dergleichen auszubedingen. Dieses heißt pignus legale, auch tacitum. Man sollte aber diese letzte Benennung lieber nicht gebrauchen, weil es, wie wir vorhin hörten, auch pignora conventionalia und testamentaria tacita giebt, der Name pignus tacitum also zweydeutig ist. Ein prätorisches Pfandrecht erhalte ich, wenn mich der Prätor in Güter immittiret (per missionem in bona); dieß geschah bey den Römern 1) wenn mein Gegentheil im Proceß ungehorsamlich ausenblieb (contumaciae coërcendae causa). 2) Wenn Jemand sich weigerte, mir Caution de damno infecto zu leisten. (§. 824.) 3) Wenn ich gegen meinen Schuldner noch zur Zeit nicht klagen konnte, und doch Gefahr lief, durch Verzug um mein Recht zu kommen; z. E. es war mir ein Vermächtniß nach einer gewissen Zeit, oder unter einer Bedingung hinterlassen, und ich mußte fürchten, daß bis dahin der Erbe alles durchbringen werde; dieser auch mir keine Caution leisten konnte, oder wollte. 4) Wenn eine Wittwe bonorum possessionem ventris nomine suchte. (§. 656.) 5) Wenn ich eine Personalklage angestellt, und den Proceß gewonnen habe, der Gegentheil aber die Sentenz nicht befolgen kann, oder nicht will. Hier nimmt man ihm soviel von seinen Gütern weg, als zu meiner Bezahlung nöthig ist, und setzt mich in den Besitz; der Gegentheil ist binnen zwey Monaten befugt, die Sachen einzulösen. Unterläßt er dieses: so werden sie aufgesteckt, ich befriedigt, und ihm der Ueberschuß herausgegeben. Man nennt das prätorische Pfandrecht, das ich in diesem Fall erhalte, weil es gegeben wird, *iudicati* exsequendi causa, pignus *iudiciale*.

Die zwey ersten Gattungen des prätorischen Pfandrechtes sind in Deutschland nicht gewöhnlich, wohl aber die übrigen (*[1]).

(1) *Lud. Conr. Schroeder* opusc. de natura et effectibus pignoris praetorii atque iudicialis, Marb. 1751. *Erxleben* tr. cit. pag. 74. sqq.

§. 716. Eintheilungen des Pfandrechtes b) in Absicht seines Ansehens.

Sieht man auf die verschiedene Autorität, worauf das Pfandrecht gegründet ist: so ist es entweder ein öffentliches, oder ein Privatpfandrecht. Ein öffentliches Pfandrecht nemlich heißt ein solches, welches vom Schuldner entweder a) gerichtlich, oder b) vor drey männlichen unbescholtenen Zeugen bestellt wird. Also man bemerke: 1) das öffentliche Pfandrecht muß im Gericht bestellt werden; der Schuldner muß entweder in eigener Person, oder durch einen besonders Bevollmächtigten bey der Obrigkeit (*1) einkommen, erklären, daß er dem Gläubiger ein Pfandrecht ertheile, und um dessen Bestätigung bitten. Die Confirmation, die der Gläubiger allein bey der Obrigkeit einholt, verwandelt ein Privatpfandrecht nicht in ein öffentliches (*2). Auch 2) wird ein Privatpfandrecht dadurch nicht zum öffentlichen, wenn es der Schuldner in der Folge gerichtlich anerkennt (*3). 3) Wenn das öffentliche Pfandrecht vor drey Zeugen soll bestellt werden, so müssen sie a) Mannspersonen, b) unbescholten seyn, c) das Verpfändungsinstrument unterschreiben (*4). 4) Das öffentliche geht dem Privatpfandrecht vor. Dieß gründet sich auf die Verordnung des Kayfers Leo in der L. 11. C. qui pot. in pign. (VIII. 18.) und ist sehr vernünftig. Denn bey einem Privatpfandrecht können Betrügereyen vorgehen, man kann das Verpfändungsdocument antedatiren; dieß geht aber bey einem pignore publico nicht so leicht an.

(1) Nach dem Römischen Recht kann jede Obrigkeit dem Pfand das Ansehen eines öffentlichen ertheilen; nach deutschen Rechten aber kann es nur der iudex rei sitae, das ist, der, in dessen Gerichtsbezirk verpfändete Stück liegt. *Erxleben* tract. cit. p. 46.

(2) *Pufendorf* tom. 2. obs. 160. doch sehe man *Harpprecht* diss. de pign. publ. n. 94. in diss. acad. vol. 1. p. 1091. Kommt aber der Schuldner ein, und erhält die Bestätigung: so wird die Hypothek dadurch in eine öffentliche verwandelt. *Pufendorf* tom. 4. obs. 176.

(3) *Pufendorf* tom. 1. obs. 197. *Schweder* de auctor. publ. ad pignoris constit. necessaria, §. 12. in collect. diss. vol. 2. p. 334.

(4) *Mevius* part. 7. dec. 235. *Schweder* diss. cit. §. 23. pag. 356. Es kann also auch in einem Notariatsinstrument ein öffentliches Pfandrecht bestellt werden. *Schweder* l. c. p. 355.

§. 717. Eintheilungen des Pfandrechtes c) in Rücksicht auf den Gegenstand.

Wenn einem mein ganzes Vermögen verpfändet ist: so heißt das pignus generale; ist aber nur ein Theil meiner Güter, oder eine einzelne Sache verpfändet: so ist es *pignus speciale*. Diese Gattungen sind hauptsächlich darinn verschieden: a) wenn ich ein pignus generale habe: so kann ich von meines Schuldners Vermögen angreifen, welches Stück ich will: habe ich hingegen ein specielles Pfandrecht: so muß ich mich an die mir verpfändete Sache halten.

ten. b) Ein specielles Pfand darf der Schuldner nicht ohne Einwilligung des Gläubigers veräussern, bey einem generellen aber ist die Veräusserung erlaubt, wenn nur der Schuldner ein anderes gleich gutes Stück dagegen erwirbt (* 1). Hommel (* 2) setzt noch c) hinzu, wenn ich mein Vermögen nur generaliter verpfändet hätte, und ein Stück davon veräusserte: so könnte der Gläubiger keine hypothecarische Klage gegen den dritten Besitzer anstellen. Aber diese Meynung ist ohne allen Grund, und den deutlichsten Gesetzen entgegen (* 3).

(1) v. Cramer Nebenst. 12. Theil 80. u. f. Seite. Decis. Cassell. tom. 1. decis. 50.

(2) *Rhapsod.* obs. 327. Man sehe auch Hertels polititische Schnupftobacksdose S. 335.

(3) L. 8. §. ult. C. de sec. nupt. L. un. C. rem alien. gerent. L. 3. C. de remiss. pign. L. 12. C. de distr. pign. L. 15. C. de pignor. *Bachov* de pignor. cap. 5. n. 3. *Hert.* diss. de diff. pign. gen. et spec. cap. 5. §. 1. Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschieder Rechtsmaterien, 1. B. 2. Th. 110. Seite.

§. 718. Unterschied des Pfandrechtes d) in Betracht seiner Wirkung.

Das Pfandrecht ist entweder dergestalt privilegirt, daß es andern öffentlichen und älteren Pfandrechten vorgeht, oder nicht. Im ersten Fall heißt es *pignus privilegiatum*, oder *qualificatum*, oder *cum iure praelationis coniunctum*. Im letzten *simplex*.

§. 719. Unterschied des privilegirten und nicht privilegirten Pfandrechtes.

Das pignus simplex also hat seiner Natur nach keinen Vorzug; soll es einen bekommen: so muß es durch äusserliche Umstände geschehen; das heißt, der Vorzug muß ihm entweder durch die öffentliche Auctorität oder das Alter verschafft werden; das privilegirte hingegen hat seiner Natur nach einen Vorzug vor andern; es geht andern vor, ob sie gleich älter, oder mit öffentlichem Ansehen versehen sind. Nicht nur verschiedene gesetzliche Pfandrechte, sondern auch einige conventionelle haben ein solches Privilegium.

Dieß wären die Eintheilungen des Pfandrechtes. Ich will nun a) die gesetzliche und b) die privilegirte Pfandrechte specificiren.

Die gesetzliche sind entweder allgemein, gehen auf das ganze Vermögen des Schuldners, oder nur speciell, sie gehen nur auf einen Theil des Vermögens. Zu den allgemeinen gehört 1) das Pfandrecht, welches dem Fiscus zusteht, und zwar a) auf dem Vermögen seiner Verwalter, Cassirer, Rentmeister u. s. w. (* 1). b) auf dem Vermögen derer, die mit ihm Contracte, z. E. einen Kauf- Miethcontract u. d. gl. schliessen, c) auf den Gütern der Unterthanen, welche Abgaben schuldig bleiben (* 2).

2) Die

2) Die Ehefrau hat wegen ihres Eingebrachten, sowohl der Brautgabe, als der Paraphernalgüter und der donationis propter nuptias ein gesetzliches Pfandrecht auf dem Vermögen ihres Ehemannes; der Ehemann aber hat ein gleiches Recht auf das Vermögen desjenigen, der ihm eine Brautgabe versprochen hat (* 3).

3) Die Unmündige und Minderjährige in dem Vermögen ihrer Vormünder (* 4); auch ihres Stiefvaters. Wenn nemlich die Mutter Vormünderin ihrer Kinder war, und zur zweyten Ehe schreitet, ehe sie Rechnung abgelegt hat: so ist das Vermögen des zweyten Ehemanns den Kindern verpfändet (* 5).

4) Wenn ein Ehegatte von dem verstorbenen Ehegatten etwas geerbt, durch Eingehung einer zweyten Ehe aber das Eigenthum des Erbtheils verlohren hat: so kommt auf seinem Vermögen den Kindern desfalls ein legalisches Pfandrecht zu. Auch wenn der Vater Güter besitzt, die den Kindern gehören, und von ihrer Mutter oder mütterlichen Ascendenten herkommen: so haben die Kinder auf dessen Vermögen ein solches Pfandrecht. Also nicht wegen aller Adventitien steht ihnen dergleichen zu, aber auch nicht allein wegen der mütterlichen Brautgabe (* 6).

5) Die Legatarien, fideicommissarii singulares und donatarii mortis causa (* 7) auf dem Vermögen des Verstorbenen. Ich habe nur hierbey zu bemerken: a) wenn man den Legatarien ein legalisches Pfand zuschreibt: so ist dieses nicht von der legirten Sache zu verstehen; denn davon sind sie Eigenthümer. b) Das Pfandrecht kommt ihnen nur auf die Güter zu, welche der Erbe vom Erblasser erhalten hat, nicht auf des Erben eigene. c) Sachen, welche andern vermacht sind, sind ebenfalls nicht unter diesem Pfandrecht begriffen; das heißt, wenn dem A. das Haus, dem B. der Garten vermacht ist: so hat A. kein Pfandrecht auf den Garten, und B. keines auf das Haus. d) Da die Vermächtnisse nicht eher, als nach Bezahlung aller Schulden prästirt werden: so wird ein Legatarius vermöge dieses Pfandrechts keinem Gläubiger, wenn er auch ein blosser chirographarius ist, vorgezogen.

Ein specielles legalisches Pfandrecht haben 6) die Pupillen und Minderjährige, wenn jemand, der Gelder von ihnen detinirt, etwas damit erkauft (* 8). Nemlich, wenn jemand mit dem Geld eines Pupillen oder Minderjährigen etwas für sich, in der Absicht es zu behalten, erkauft: so sind drey Fälle zu unterscheiden. Erster Fall: der Vormund nimmt Geld aus der Vormundscasse, und kauft sich etwas dafür. Zweyter Fall: ein anderer hat Geld des Pupillen oder Minderjährigen als mandatarius, depositarius u. d. gl. in Händen, und kaufet dafür. Dritter Fall: ich borge Geld vom Vormund, um damit etwas zu erkaufen. Im ersten kann der Pupill und

Min-

Minderjährige die Sache vindiciren, *utilem rei vindicationem* anstellen, er hat aber auch ein Pfandrecht darauf. Im zweyten kann er sie zwar nicht als eigen in Anspruch nehmen, er hat aber doch ein Pfandrecht. Im dritten kommt dem Pupillen und Minderjährigen gar kein Recht auf die Sache zu.

7) Wer Geld zur Herstellung eines Gebäudes borgt (* 9). Denn dem Staat ist daran gelegen, daß die Gebäude nicht zusammen fallen. Wenn ich zu Aufbauung eines neuen Gebäudes Geld leihe: so habe ich kein gesetzliches Pfandrecht, ausser wenn schon ein Gebäude auf dem Platz gestanden hat, und zusammen gefallen, abgebrannt u. d. gl. ist (* 10).

8) Der locator eines praedii urbani in den invectis und illatis des Miethmannes, wenn der Miethmann etwas aus dem Contract schuldig bleibt, z. E. das Pachtgeld nicht bezahlt, die gepachtete Sache verdirbt ꝛc. Man bemerke aber: praedium urbanum heißt hier a) jedes Gebäude, Wohnhaus, Scheune, Stall u. s. w. b) Ein leerer Platz, der nicht gemiethet wird, Früchte darauf zu ziehen, sondern in anderer Absicht, z. E. um Holz dahin zu legen (* 11). Wenn ich ein solches praedium miethe: so sind die Sachen, die ich dahin bringe, Meubles, Bücher, Vieh u. s. w. dem Vermiether gesetzlich verpfändet. Wenn ich aber 9) ein praedium rusticum pachte, das heißt, einen Platz, Garten, Acker, Wiese, Landgut, um Früchte darauf zu ziehen: so sind dem Verpachter die Früchte gesetzlich verpfändet, nicht die illata (* 12).

Privilegirte Pfandrechte sind folgende.

1) Das Pfandrecht des Fiscus, das ihm wegen rückständiger Abgaben zusteht (* 13).

2) Das Pfandrecht dessen, welcher zur Erkaufung einer *militiae*, das heißt, eines öffentlichen Amtes, welches erblich ist, und verkauft werden kann), Geld vorstreckt, und sich zugleich nach der gesetzlichen Vorschrift ein Vorzugsrecht ausbedingt (* 14).

3) Der Kriegscasse, welches sie auf das Vermögen des primi pili oder primipilaris cohortium, eines Kriegszahlmeisters, Kriegsproviantmeisters hat (* 15).

4) a) Dessen, der zur Reparation eines Gebäudes, oder einer andern unbeweglichen Sache, z. E. eines Dammes, einer Mauer u. s. w. Geld vorschießt; doch mit dem Unterschied, daß der, welcher zur Verbesserung eines Gebäudes creditirt, ein gesetzliches Pfandrecht hat, den übrigen aber nur alsdann ein Pfandrecht zusteht, wenn sie sich solches bedingen.

4) b) Wer zur Erkaufung einer Sache Geld borgt, und sich ein Pfandrecht auf die Sache ausdrücklich geben läßt (* 16).

4) c) Wenn ich eine Sache verkaufe, und mir ein Pfandrecht bis zur Zahlung des Kaufschillings vorbehalte (* 17).

4) d) Des Pupillen in Ansehung der Sache, welche mit seinem Geld erkauft ist (* 18).

5) a) Der Ehefrau wegen der Brautgabe (* 19).

5) b) Des Fiscus, wenn er mit einem contrahirt hat, in Ansehung der Güter, welche nach dem Contract erworben worden sind (* 20).

Man bemerke aber hierbey: das unter Num. 1) genannte Pfandrecht gehet dem unter Num. 2), das unter Num 2) gehet dem unter Num. 3) und das unter Num. 3) dem unter Num. 4) angeführten vor. Die hingegen, welche unter einerley Num. stehen, und nur mit verschiedenen Buchstaben bezeichnet sind, 4) a. b. c. d. desgleichen 5) a. und b. haben einerley Rang, und werden nach dem Alter classificirt.

(1) L. 1. C. de priv. fisci. (VII. 73.)
(2) L. 1. 2. C. in quib. caus. pign. (VIII. 15.)
(3) L. un. §. 1. C. de rei ux. act. (V. 13.) Dieses Pfandrecht findet auch statt, wenn ich der Ehefrau die Brautgabe versprochen habe. Gmelin von der Ordnung der Glaubiger, 4. Cap. 28. §.
(4) L. 20. C. de admin. tut. (V. 37.)
(5) L. 6. C. in quib. caus. (VIII. 15.)
(6) L. 6. §. 2. de sec. nupt. (V. 9.) L. 6. §. 4. C. de bon. quae lib. (VI. 60.) *Lauterbach* Coll. th. pr. tit. in quib. caus. pign. §. 57. *Boehmer* I. E. P. lib. 3 tit. 42. §. 47. *Wernher* part. 1. obs. 19. *Leyser* sp. 226. m. 4. 5. Struben rechtl. Bed. part. 3. num. 53. *Hellfeld* diss. de diverso pignoris iure liberis in bonis parentum competente, in opusc. p. 116.
(7) *Walch* controvers. p. 261.
(8) L. 7. D. qui pot. in pign. L. 3. pr. de reb. eor. qui sub tut. L. 2. quand. ex facto tut. *Erxleben* tr. cit. pag. 68.
(9) L. 1. D. in quib. caus.
(10) *Pufendorf* tom. 3. obs. 194.
(11) L. 7. §. 1. D. in quib. caus.
(12) L. 7. pr. cit. *Walch* controv. p. 274. L. 5. C. de loc. conduct. (IV. 65.) scheint dem Verpachter ein gesetzliches Pfandrecht auf die illata zu geben. Einige suchen sich damit zu helfen, daß sie annehmen, das Gesetz rede eigentlich von einem pignore *conventionali tacito*. Man hatte, sagen sie, mit dem Pächter ausgemacht, daß er gewisse Sachen, die zur Cultur des Gutes nicht nothwendig waren, auf das Landgut bringen solle. Darinn liegt eine stillschweigende conventionelle Oppignoration. *Balduin* de pignor. cap. 6. *Bachov.* de pign. lib. 1. cap. 11. Weber Versuch über den wahren Sinn der L. 5. C. locat.. Rostock, 1781. 4. in dessen Beyträgen zu der Lehre vom stillschweigenden Conventionalpfandrecht, 1. Abh. Allein mir gefällt die Püttmannische Erklärung (adversar. lib. 2. cap. 6.) besser. Es war, nimmt er an, ausdrücklich ausgemacht, daß die invecta und illata dem Verpachter verpfändet seyn sollten. Der Pachter ließ das Gut durch Sklaven, servos colonos, bauen. Nur was diese auf Befehl

ihres

ihres Herrn in das Gut brachten, quae coloni voluntate dominorum (suorum) in fundum induxerunt, soll nach dem Gesetz verpfändet seyn.

(13) L. 1. C. in quib. caus. (VIII. 15.)

(14) *Eisenhard* diss. de iure eius, qui ad militiam emendam credidit, in concursu creditorum, in opuscul. num. 10. Webers Reflexionen, S. 21. u. f.

(15) L. 3. 4. C. de primipil. (XII. 63.) Also nicht das Pfandrecht überhaupt, das der Fiscus in dem Vermögen eines Administrators hat, ist privilegirt. *Voetius* ad Pand. tit. qui potior. in pign. §. 24. *Mev.* part. 4. d. 253. *Berger* oec. iur. lib. 2. tit. 5. th. 3. not. 5. pag. 520. ed. vet.

(16) L. 7. C. qui pot. in pign. (VIII. 18.) L. ult. C. de pignor. (VIII. 14.) Nov. 97. c. 4.

(17) Arg. L. 7. D. qui pot. in pign. Nov. 97. cap. 3. L. 12. C. de distr. pign. VIII. 28.) *Hert.* diss. de reservat. hypothecae in re vend. sect. 2. §. 11. opusc. vol. 2. part. 3. p. 94. *Pufendorf* tom. 1. obs. 212.

(18) L. 7. pr. D. qui pot. in pign.

(19) L. ult. §. 1. C. qui pot. in pign. (VIII. 18.)

(20) L. 6. C. de priv. fisci. (VIII. 13.) L. 28. de iur. fisc. Ueber den wahren Grund dieses Vorzugsrechtes haben neuerlich *Hellfeld* in diss. de hypotheca fisci, praesertim in bonis post contractum quaesitis, opuscul. n. 10. und *Schott* diss. de vera causa praerogativae hypothecae fisci in bonis a debitore post contractum adquisitis, Lips. 1772. gestritten. Die Wahrheit ist offenbar auf Herrn Schotts Seite.

§. 720. Wie das Pfandrecht aufhöret?

Das Pfandrecht hört auf: 1) wenn die Forderung, zu deren Sicherheit es bestellt ist, durch Zahlung, Compensation, oder auf andere Art getilgt wird. 2) Wenn der Gläubiger ausdrücklich oder stillschweigends darauf renunciirt. Stillschweigends renunciirt er, wenn er das Pfand ganz zurück giebt, nicht etwa es dem Schuldner blos auf einige Zeit leihet, wenn er in dessen Verkauf consentirt, ohne sich sein Pfandrecht vorzubehalten (*[1]) u. s. w. 3) Wenn Jemand auf eine Sache nur ein wiederrufliches Eigenthum hat, mir auf diese Sache ein Pfandrecht giebt, und nun sein Eigenthum ex tunc resolvirt wird: so hört auch mein Pfandrecht auf. (§. 289.) (*[2]). 4) Wenn das Pfandrecht nur auf gewisse Zeit constituirt, und diese Zeit verflossen ist; 5) das Pfand selbst zu Grund gehet, z. E. verbrennt, gestohlen wird. Endlich 6) wenn es eine Specification erleidet, und zwar dergestalt, daß es nicht wieder in die vorige Form gebracht werden kann; z. E. wenn ich einem einen Wald verpfände, und aus Bäumen dieses Waldes ein Haus erbaue: so ist das Haus nicht verpfändet. Wenn ich aber aus der verpfändeten silbernen Caffeekanne einen Präsentirteller machen lasse: so hat der Gläubiger auf diesen ein Pfandrecht (*[3]).

(1) *Püttmann* lib. 1. adversar. cap. 7.

(2) S. die schon oben (§. 289.) empfohlene Diss. *Io. Paul Trummer* de effectu hypothecae post resolutum dominium constituentis.
(3) *Walch* diss. de iure creditoris mutata re oppignorata. Ien. 1769.

§. 721. Wirkungen des Pfandrechtes.

Die Wirkungen des Pfandrechtes sind: 1) ein Recht des Gläubigers, die verpfändete Sache so lang zu besitzen, bis er befriedigt ist; 2) ein Recht gegen jeden Besitzer eine Realklage anzustellen, auch sich eines Interdicts zu bedienen. Die Realklage heißt *actio Serviana* und *quasi Serviana*, das Interdict *Salvianum* und *quasi Salvianum*. Endlich 3) ein Recht, das Pfand zu verkaufen, wie wir oben (§. 420.) weitläuftiger gehört haben.

Uebrigens ist das Pfandrecht untheilbar. Der Schuldner kann nicht, durch Bezahlung eines Theiles der Schuld, einen Theil des Pfandes frey machen. Auch wenn ein Miterbe seinen Antheil der Schuld bezahlt: so wird das Pfand weder ganz, noch zum Theil frey. Und endlich wenn das Pfand unter mehrere Besitzer vertheilt wird: so kann sich der Pfandglaubiger an jeden Besitzer halten, und seine ganze Schuld von ihm fordern (* 1).

(1) L. 11. §. 4. D. de pign. act. L. 19. D. de pignor. L. 65. D. de evict. L. 1. 2. C. si un. ex plur. hered. (VIII. 32.) L. 16. C. de distract. pignor. (VIII. 28.) L. 1. C. de luit. pign. (VIII. 31.) Westphal vom Pfandrecht, S. 81.

§. 722. Von der actione Serviana.

Die Servianische Klage, die ihren Namen von ihrem Erfinder, einem Prätor Servius hat, setzt voraus a) daß ich einem ein praedium rusticum verpachtet habe; b) daß er mir Pacht schuldig bleibt; c) daß ich entweder gegen den Besitzer der auf dem Gut gezogenen Früchte klage; oder d) gegen den Besitzer der invectorum und illatorum, wenn anderst diese ausdrücklich verpfändet worden sind. Sie geht e) dahin, daß mir der Besitzer diese Sachen herausgebe.

§. 723. Von der quasi Serviana.

Man hat diese Servianische Klage nachher auf alle Pfandrechte ausgedehnt, und sie in diesen andern Fällen *actionem quasi Servianam* oder *hypothecariam* genannt. In unsern Gerichten distinguirt man actionem Servianam und quasi Servianam nicht; man nennt jede Klage, die aus dem Pfandrecht entsteht, actionem hypothecariam. Demnach ist actio hypothecaria eine Realklage, die ein Pfandgläubiger gegen den Besitzer des Pfandes anstellt, zu dem Ende, daß dieser das Pfand mit den Früchten und andern accessoriis herausgeben soll. Also 1) der Pfandgläubiger stellt sie an; er mag nun eine Hypothek oder ein pignus stricte dictum haben; 2) gegen den Besitzer des Pfandes. Dieser kann seyn a) der Schuldner selbst, b) ein anderer Pfandglau-

gläubiger, dem der Schuldner die Sache ebenfalls verpfändet hat; c) ein Dritter, welcher das Pfand eigenthümlich an sich gebracht hat. 3) Die Bitte bey dieser Klage ist: daß der Besitzer angehalten werde, das Pfand an den Kläger mit allen accessoriis abzutreten. Wenn man gegen den Schuldner selbst klagt: so kann man alternative verlangen, daß er entweder das Pfand herausgebe, oder bezahle. Wird hingegen die hypothecarische Klage gegen einen andern angestellt: so ist ein solches petitum alternativum nicht ganz schicklich angebracht; denn dieser Beklagte ist nicht verbunden zu zahlen (*1). Er ist indessen dazu berechtigt, wenn er es lieber thun, als den Besitz des Pfandes verlieren will, und daher wird auch in der Praxis ein petitum alternativum zugelassen (*2).

(1) *Io. Flor. Rivini* diss. de libello in actione hypothecaria rite formando, (Lipsi. 1706.) §. 3. sqq.
(2) *Leyser* sp. 224. m. 2. *Rivinus* l. c. §. 10.

TIT. XIV.

DE OBLIGATIONIBUS.

§. 724. Uebergang zu dem persönlichen Recht.

Wir haben oben gehört, daß das Recht der Sachen (ius rerum) entweder dingliches oder persönliches Recht sey. Die sämmtlichen Gattungen des dinglichen Rechtes sind nun abgehandelt, und wir gehen zum persönlichen Recht (iure ad rem) über. Dieses ist ein Recht, gegen eine verpflichtete Person, gegen eine Person, die uns etwas zu geben, oder zu thun verbunden ist. Also jedes persönliche Recht entsteht aus einer Verbindlichkeit, und die Abhandlung vom persönlichen Recht fängt daher mit der Lehre von der Verbindlichkeit an.

§. 725. Was ist Verbindlichkeit?

Was die Verbindlichkeit überhaupt sey, haben wir oben (§. 19.) gesehen. Hier ist von einer besondern Gattung derselben die Rede. Wir verstehen nemlich hier unter der Verbindlichkeit, obligatione, eine von den Gesetzen einer Person auferlegte Nothwendigkeit dem andern etwas zu leisten. Also 1) es ist eine von den Gesetzen auferlegte Nothwendigkeit. Im Naturrecht streitet man noch, ob die Verbindlichkeit aus dem Gesetz, oder das Gesetz aus der Verbindlichkeit entstehe, wiewohl der Streit nur Logomachie ist. Die Römische Juristen aber stellen sich die Verbindlichkeit als eine Wirkung des Ge-

setzes vor (*[1]). 2) Sie ist einer Person auferlegt. Wenn Jemand vermöge eines dinglichen Rechtes (iuris in re) etwas von mir verlangt: so bin ich schuldig es zu thun, zu unterlassen, oder zu leiden. Allein diese Schuldigkeit ist keine Obligation in Römischer Bedeutung; denn sie ist nicht einer gewissen Person auferlegt. Z. E. wenn ich eine fremde Sache besitze, und der Eigenthümer die Vindicationsklage gegen mich anstellt: so bin ich schuldig, die Sache heraus zu geben; man nennt aber dieß nicht Obligation; jeder Besitzer muß die Sache herausgeben. Nur alsdann, wenn Jemand ein persönliches Recht (ius ad rem) gegen mich hat, und ich für meine Person schuldig bin, ihm etwas zu leisten, ist eine Obligation vorhanden (*[2]). Daher denn auch der Grundsatz: obligatio personam non egreditur, nur der ist verbunden, dem das Gesetz die Verbindlichkeit auflegt, und die Folge daraus: die Verbindlichkeit, oder richtiger das ius ad rem, das Correlat der Verbindlichkeit (§. 284.) wirkt gegen einen Dritten keine Klage. 3) Die Verbindlichkeit besteht in der Nothwendigkeit einem andern etwas zu leisten, das ist, dem andern etwas zu geben, zu thun, etwas zu seinem Besten zu unterlassen, etwas von ihm zu leiden.

(1) Pr. I. h. t.
(2) §. 1. I. de act. wo es heißt: agit unusquisque aut cum eo, *qui ei obligatus est*, aut cum eo agit, *qui nullo iure ei obligatus* est, *quo casu proditae actiones in rem sunt.*

§. 726. Eintheilung der Verbindlichkeit in Rücksicht auf ihr entferntes Fundament.

Die Verbindlichkeit ist in dieser Rücksicht entweder eine blos natürliche, oder bürgerliche, oder vermischte. (S. die 46. Tabelle) Wenn mir blos das natürliche Gesetz eine Verbindlichkeit auflegt: so heißt sie *obligatio mere naturalis.* Rührt aber die Verbindlichkeit allein aus einem bürgerlichen Gesetz her: so heißt sie *mere civilis.* Ist sie endlich in beyderley Gesetzen gegründet: so wird sie *mixta* genennt. Z. E. wenn ein filiusfamilias Geld borgt: so ist er nach dem Naturrecht, nicht nach den Römischen Gesetzen, verbunden, es wieder zu geben. Seine Verbindlichkeit ist also eine blos natürliche. Ein Dieb ist nach dem Römischen Recht in gewissen Fällen dem Bestohlnen den doppelten, in andern den vierfachen Werth zu erstatten schuldig. Das Naturrecht aber weiß von dieser Verbindlichkeit nichts; sie ist also mere civilis. Der Pachter ist sowohl nach dem natürlichen, als Römischen Recht schuldig, das Pachtgeld zu bezahlen. Seine obligatio ist also eine mixta (*[1]).

(1) *Io. Andr. Frommann* diss. de obligat. naturali, Tübing. 1676. *Ant. Schulting* diss. de naturali obligatione, in commentar academ. vol. 1. diss. 1.

§. 727.

§. 727. Die blos natürliche Verbindlichkeit ist zweyerley.

Die blos natürliche Verbindlichkeit ist von einer doppelten Art. Einige natürliche Verbindlichkeiten sind von den Römischen Gesetzgebern ganz aufgehoben, zernichtet, aller ihrer Wirkungen beraubt; andere sind zwar nicht bestätigt, aber doch auch nicht völlig vernichtet. Sie produciren zwar keine Klage, aber doch andere Wirkungen. Ganz aufgehoben ist 1) die Verbindlichkeit einer Weibsperson, wenn sie sich verbürgt. Eine Weibsperson nemlich, welche Bürgin wird, ist nach dem Naturrecht zu bezahlen schuldig. Aber das Römische Recht hat diese Verbindlichkeit destruiret. 2) Ein Verschwender kann sich nach dem Naturrecht verbinden: das Römische Recht hebt diese Verbindlichkeit gänzlich auf. 3) Wenn ein Testament gleich nicht auf die in den Civilgesetzen vorgeschriebene Art errichtet ist: so bringt es doch, wie einige glauben, eine natürliche Verbindlichkeit hervor. Allein diese ist von den bürgerlichen Gesetzen völlig zernichtet. 4) Ein Pupill, wenn er gleich der Mündigkeit noch nicht nahe ist, kann sich nach dem Naturrecht verbindlich machen, sobald er nur versteht, was eine Verbindlichkeit ist. Aber das Römische Gesetz erklärt die Verbindlichkeit der impuberum infantiae proximorum für null und nichtig. 5) Der Erbe ist nach dem Naturrecht schuldig, die Vermächtnisse ohne Abzug zu bezahlen; denn dieses Recht weiß nichts von der quarta Falcidia. Aber die Römische Gesetze destruiren jene natürliche Obligation. 6) Wenn sich jemand über Alimente, welche ihm im letzten Willen vermacht sind, aussergerichtlich vergleicht, so, daß er sich statt der Alimente eine gewisse Summe auf einem Bret bezahlen läßt: so ist der Vergleich nach dem Naturrecht verbindlich. Das Römische Recht aber zernichtet diese Verbindlichkeit. 7) Die Verbindlichkeit, welche aus dem Spielen entsteht, kurz eine Spielsucht (*[1]).

Natürliche Verbindlichkeiten, die im Römischen Recht nicht bestätiget, aber doch auch nicht zernichtet wurden, sind z. E. 1) die Verbindlichkeit aus einem nudo pacto (*[2]). Das Naturrecht kennt den Unterschied zwischen nudis pactis und contractibus nicht. Wer ein pactum schließt, ist verbunden es zu halten. Das Römische Recht bestätigt zwar die natürliche Verbindlichkeit aus dem pacto nudo nicht, aber hebt sie doch auch nicht gänzlich auf. 2) Die Verbindlichkeit eines filiifamilias aus einem Gelddarlehn. Daß er nach dem Naturrecht verbunden sey, das Darlehn zu erstatten, ist ausser Zweifel. Der Römische Gesetzgeber destruirt auch diese Verbindlichkeit nicht; er assistirt ihr aber doch nicht, bestätigt sie nicht. 3) Die Verbindlichkeit zwischen Herrn und Sklaven, Vater und Sohn (*[3]). 4) Die Obligation eines Unmündigen, welcher der Mündigkeit nahe ist; auch eines Minderjährigen, der ohne seinen Curator über sein Vermögen paciscirt (*[4]).

Die

Die Distinction zwischen einer ganz aufgehobenen und einer blos nicht bestätigten Verbindlichkeit ist übrigens von der grösten Wichtigkeit. Ihr Nutzen zeigt sich 1) in der Lehre von dem Pfandcontract. Wegen einer blos nicht bestätigten Obligation kann man etwas giltig verpfänden, wegen einer ganz aufgehobenen aber nicht. 2) In der Materie von der Bürgschaft. Für eine blos nicht bestätigte Verbindlichkeit kann man sich der Regel nach giltig verbürgen, für eine völlig aufgehobene aber nicht. 3) Bey der *condictione indebiti*. Wenn ich etwas bezahle aus einer gänzlich destruirten Obligation, weil ich glaubte, daß ich zu zahlen schuldig sey: so kann ich es durch eine Klage, welche condictio indebiti heißt, zurück verlangen. Wenn aber die Obligation blos nicht bestätigt ist: so fällt die condictio indebiti weg. 4) Bey der Compensation. Wenn ich einem 100 Thaler zu bezahlen habe aus einer im Staat anerkannten Obligation, und er mir 100 bezahlen soll aus einer natürlichen, blos nicht bestätigten Verbindlichkeit: so heben sich die Forderungen gegen einander auf. Ist aber seine Obligation ganz aufgehoben: so muß ich bezahlen, und kann mich auf keine Compensation berufen (* 5). An den gehörigen Orten, §. 793. 839. 855. 979. wird dieß alles weiter auseinander gesetzt, und mit Exempeln erläutert werden (* 6).

(1) Struben rechtl. Bed. 4. Th. 334. Seite.
(2) *Schulting* diss. cit. cap. 5.
(3) Idem cap. 8. et 9.
(4) Idem c. 10.
(5) Idem c. 4.
(6) Ich habe die Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit nach den gemeinen Begriffen vorgetragen. Wichtige Einwürfe gegen diese Vorstellungsart macht Hr. P. Adolph Dietr. Weber in seiner Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit (einer trefflichen, von viel Genie und nicht gemeinen Kenntnissen zeugenden Schrift) S. 109. u. f. Er stellt dagegen S. 187. u. f. folgendes System auf. „Erstlich: eine jede natürliche Verbindlichkeit, welche dem Menschen ausser dem bürgerlichen Zustande obliegen würde, ist auch an sich in diesem Zustand vorhanden, und fortdauernd; nur diejenigen Fälle ausgenommen, da das bürgerliche Verhältniß des Menschen eine solche Aenderung der Umstände hervorbringt, daß die Obligation damit nicht bestehen kann. Zweytens: eine jede natürliche Zwangspflicht hat auch in den bürgerlichen Gerichten den völligen Effect, sie kann in der Regel beydes durch Klagen und Einreden geltend gemacht werden; ausser in denen Fällen, wo die Gesetze in specie die gerichtliche Wirksamkeit versagt, oder eingeschränkt haben. Drittens: wenn aber dergleichen einschränkende Gesetze wirklich vorhanden sind: so verliert doch die natürliche Verbindlichkeit in Ansehung des gerichtlichen Effects nur soviel, als das positive Recht derselben namentlich entzogen hat; mithin bleiben diejenigen Effecte, welche in den Gesetzen nicht ausdrücklich aufgehoben sind, allerdings auch in foro civili fortdauernd. Viertens: was an sich nur Liebespflicht ist, kann auch nie in Gerichten als erzwingbare Schuldigkeit gefordert werden, es wäre denn, daß

daß durch Vorschrift des bürgerlichen Rechts das Gegentheil verordnet worden; das letztere ist aber, als Ausnahme von der Regel, so strenge zu erklären, daß weder von einem Fall auf den andern, noch von einer gerichtlichen Wirkung auf alle übrige die Ausdehnung zulässig ist. Mit einem Worte: was an sich nur Liebespflicht ist, hat in foro civili nicht mehr Kraft, als die Gesetze wirklich gestattet haben; die natürliche Zwangpflicht hingegen, hat alle gerichtliche Wirkung, welche ihr nicht ausdrücklich genommen ist."

§. 728. Die blos bürgerliche Verbindlichkeit ist auch zweyerley.

Die blos bürgerliche Verbindlichkeit ist entweder **wirksam** oder **unwirksam**. Nemlich zuweilen kann ich zwar aus der bürgerlichen Verbindlichkeit klagen; aber der Beklagte ist befugt, sich durch eine Exception gegen die Klage zu schützen und mich abzuweisen; meine Klage bleibt also ohne Wirkung. Hingegen giebt es auch Fälle; wo ich mit Effect aus der bürgerlichen Verbindlichkeit klagen kann, weil dem Beklagten keine Exception dagegen zusteht. Dahin gehört: a) wenn mir ein depositarius das depositum miserabile dolose abgeläugnet hat; denn ich kann ihn auf das duplum belangen, ohne daß er sich mit einer gegründeten Exception gegen die Klage schützen könnte. Also seine Obligation ist eine **wirksame**. b) Ein Delinquent muß nach Römischen Recht zur Strafe zuweilen den doppelten, dreyfachen, vierfachen Werth des Schadens, den er einem andern zugefügt hat, zuweilen eine andere Strafe bezalen. Diese Verbindlichkeit eines Delinquenten kennt das Naturrecht nicht, sie ist also blos bürgerlich aber wirksam; denn der Delinquent kann sich dagegen mit keiner Exception schützen. c) Wenn ich durch eine rechtskräftige richterliche Sentenz zu etwas verurtheilt bin: so muß ich es prästiren, ob ich es gleich nicht schuldig war. d) Wer eine Handschrift ausstellt, muß in gewissen Fällen bezahlen, wenn er gleich auf die Handschrift nichts erhalten hat. (§. 850. u. f.) **Unwirksame** bürgerliche Verbindlichkeiten sind folgende. a) Wenn ich einen zu einem Vertrag zwinge: so ist der Vertrag nach dem Naturrecht ungiltig; aber nach dem Römischen Recht ist er, einige wenige Fälle ausgenommen, (§. 1005.) verbindlich. Diese Verbindlichkeit ist also eine blos bürgerliche, und zwar eine **unwirksame**; denn wenn ich ihn daraus belange: so kann er mir exceptionem metus entgegen setzen, und mich damit abweisen. b) Wenn ich einem eine Schuld durch einen blossen Vertrag, ohne feyerliche Worte erlasse, so ist er mir nach strengem Recht noch immer schuldig. Allein wenn ich ihn belange, setzt er mir die exceptionem pacti entgegen. c) Wer durch feyerliche Worte etwas **auf eine gewisse Zeit** versprochen hat, ist auch nach Verlauf der Zeit schuldig es zu leisten. Wird er aber belangt, so schützt er sich mit der exceptione doli oder pacti, (§. 808.)

§. 729. Die vermischte Verbindlichkeit ist gleichfalls von zweyerley Art.

Die vermischte Verbindlichkeit ist entweder mixta *praetoria*, oder mixta *civilis*. Wenn nemlich der Prätor eine natürliche Verbindlichkeit bestätigt: so heißt sie *mixta praetoria*; wenn aber die Civilgesetze im eigentlichen Verstande (§. 31. Not.) selbst ihr assistiren: so heißt sie *mixta civilis*. Z. E. wenn ich einem eine Sache verhypothecire: so entsteht aus dem Vertrage eine natürliche Verbindlichkeit; wenigstens nach der Meynung, die ich für die richtigere halte, und welche auch die Römische Juristen annehmen. Diese natürliche Verbindlichkeit ist vom Prätor bestätigt worden. Also die obligatio ex pacto hypothecae ist eine mixta praetoria. Von dieser Art ist auch die Verbindlichkeit aus dem constituto. (§. 846. 847.) Hingegen wenn ich einem etwas aus einem Contract, z. E. Kauf-Miethcontract, Tausch u. s. w. schuldig bin: so ist die Verbindlichkeit eine mixta civilis; denn das Naturrecht und eigentliche ius civile legen sie zusammen auf.

§. 730. Zweyte Eintheilung der Verbindlichkeit in Rücksicht auf ihr nächstes Fundament.

Sieht man auf das nächste Fundament der Obligation: so ist sie entweder eine mittelbare, oder unmittelbare. Jede Verbindlichkeit entsteht aus einem Gesetz. Aber in einigen Fällen supponirt das Gesetz, daß ich ein obligatorisches Factum begangen habe, in andern Fällen legt es eine Obligation auf, ohne ein solches Factum vorauszusetzen. Diejenige Verbindlichkeit, welche ein obligatorisches Factum, das heißt, eine Convention, oder einen Quasicontract, ein delictum oder quasidelictum, voraussetzt, heißt eine mittelbare, *mediata*. Die Verbindlichkeiten aber, welche unmittelbar in dem Gesetze ihren Grund haben, und weder Convention noch Quasicontract, noch Delict, noch Quasidelict voraussetzen, heissen unmittelbare, *immediatae* (*1). Z. E. der Vater ist seinen Kindern die Alimente schuldig. Wenn mir daran gelegen ist, eine Sache zu sehen, die ein anderer besitzt, weil ich vermuthe, daß sie mein gehöre, und sie vindiciren will: so ist der Besitzer verbunden, sie mir zu zeigen, (ad exhibendum). Diese Verbindlichkeiten entstehen unmittelbar aus dem Gesetz, weder aus einer Convention, noch einem Quasicontract, weder aus einem delicto noch quasidelicto. Hingegen die Verbindlichkeit des Käufers den Kauffschilling zu bezahlen; die Verbindlichkeit des Diebes, den Schaden zu ersetzen sind mittelbare. Denn jene entsteht aus einem Contract, diese aus einem Verbrechen. Einige Juristen (*2) verwerfen diese Distinction der Verbindlichkeit ganz; sie sagen, jede Verbindlichkeit supponire ein Factum. Allein ob es gleich wahr ist, daß jede hypothetische (*3) Verbindlichkeit ein Factum voraussetzt: so wirft doch dieß jene Distinction nicht um. Denn wenn die

die Juriſten einige Verbindlichkeiten aus einem Factum, andere unmittelbar aus dem Geſetz herleiten: ſo verſtehen ſie unter dem Factum nur Conventionen, Quaſicontracte, delicta und quaſidelicta; es gibt aber Verbindlichkeiten, die aus keiner dieſer vier Quellen entſtehen.

(1) Cajus ſagt in der L. 1. pr. D. de O. et A. obligatio naſcitur aut *contracta*, aut ex *maleficio*, aut proprio quodam iure *ex variis cauſarum figuris*. Unter dieſer letzten Art von Verbindlichkeit verſteht er a) die, welche aus einem Quaſicontract, b) aus einem Quaſidelict und c) unmittelbar aus den Geſetzen entſtehen. *Schulding* in not. ad Gaii inſtit. lib. 2. tit. 9. Meurer juriſt. Abh. S. 17. u. f. f. Weber Entwickl. der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit. S. 54. u. f. f. *Io. Iul. Preſſel* diſſ. de variis cauſarum figuris, (Ien. 1701.) §. 7. ſqq.

(2) Man ſ. Meurer am a. O. 1. Cap.

(3) Im Naturrecht theilt man die Verbindkeiten in abſolute und hypothetiſche ein. Man ſ. mein Naturrecht §. 35.

§. 731. Die mittelbare Verbindlichkeit iſt zweyerley.

Alle mittelbare Verbindlichkeiten entſtehen entweder 1) aus einer erlaubten Handlung, das heißt, einem Vertrage, (conventione) oder einem Quaſicontracte, oder 2) aus einer unerlaubten Handlung, nemlich einem Verbrechen, (delicto ſ. maleficio,) oder quaſidelicto. Von den erſtern wird in dieſem ganzen dritten Buche, von den letztern in des vierten Buchs 1, 2. 3. 4. und 5 Titel gehandelt.

§. 732. Was iſt ein Vertrag, was ein obligatoriſcher und liberatoriſcher?

Conventio, *pactio*, *pactum* in weitläuftigen Verſtande, Vertrag iſt ein acceptirtes Verſprechen. Verſprechen nemlich iſt eine Erklärung, daß man dem andern etwas leiſten, daß heißt, etwas geben, thun, oder unterlaſſen wolle; und wenn der andere erklärt, daß er ſich das Object wolle leiſten laſſen, ſo hat er acceptirt. Alſo zu einem Vertrage wird erfordert, daß ein Theil declarirt, er wolle etwas präſtiren, und der andere, er wolle es ſich präſtiren laſſen (* 1).

Man theilt die Verträge in obligatoriſche und liberatoriſche ein. Wenn durch den Vertrag eine noch nicht vorhandene Verbindlichkeit feſtgeſetzt wird: ſo heißt es pactum *obligatorium*; wenn aber eine ſchon exiſtirende Verbindlichkeit auf der einen Seite aufgehoben, und dagegen eine negative auf der andern Seite aufgeſtellt wird, vermöge deren einer nicht thun darf, was er zuvor thun durfte: ſo heißt es pactum *liberatorium*, *remiſſorium* oder *de non petendo* Z. E. wenn ich einem verſpreche, 1000 Thlr zu bezahlen: ſo iſt es pactum obligatorium. Denn ich übernehme eine Verbindlichkeit, die ich zuvor nicht hatte. Wenn ich aber dem andern eine Forderung von 1000 Thlr.

erlasse: so ist es ein pactum liberatorium. Denn die Verbindlichkeit, mir 1000 Thlr. zu bezahlen, wird auf Seiten des Schuldners aufgehoben, und auf meiner Seite wird eine negative Verbindlichkeit festgesetzt; die Verbindlichkeit, die 1000 Thlr. nicht zu fordern. Wenn die Römische Juristen von pactis schlechtweg reden: so verstehen sie meistens die liberatoria oder de non petendo darunter. Im ganzen Titel der Pandecten de pactis ist fast durchaus unter dem Wort pactum ein liberatorium zu verstehen.

In den Verträgen sind *essentialia*, *naturalia* und *accidentalia* zu unterscheiden. Nemlich die Bestimmungen, welche zu einem gewissen Vertrage nothwendig erfordert werden: so, daß er dieser Vertrag nicht seyn kann, wenn diese Bestimmungen fehlen, heissen essentialia. Die Bestimmungen, welche der Vertrag gewöhnlich hat, deren Daseyn also vermuthet wird; die aber doch davon getrennt werden können, wenn es die Paciscenten ausmachen, heissen naturalia. Endlich solche Eigenschaften, die nicht bey dem Vertrage gewöhnlich sind, und dabey nicht statt finden, wenn es nicht ausdrücklich ausbedungen wird, werden accidentalia genennt. Z. E. bey dem Kaufcontract sind wesentliche Eigenschaften **Waare**, und ein in Geld bestehender **Preis**. Wo dieß nicht ist, da läßt sich kein Kauf denken. Naturalia aber bey dem Kauf sind z. E. daß der Verkäufer die Eviction leisten, (§. 960. u. f. f.) daß der Käufer Zinsen vom Kaufschilling bezahlen muß, sobald ihm die Waare tradirt ist. Denn dieß ist bey dem Kauf gewöhnlich, und es ist so lang Rechtens, als nicht ein anders ausgemacht wird. Accidentalia z. E. sind, daß der Kaufschilling in gewissen Münzsorten bezahlt werden soll; der Vertrag, daß, wenn der Käufer binnen einer gewissen Zeit nicht bezahlt, der Kauf nicht gilt: daß der Verkäufer befugt ist, binnen gewisser Zeit die Sache wieder einzulösen u. d. gl. Denn alle diese Bestimmungen, Rechte und Verbindlichkeiten finden nicht statt, wenn sie nicht ausdrücklich ausbedungen werden.

(1) Daß es Rechtsgelehrte giebt, welche behaupten, die Schenkungen seyen ohne Acceptation giltig, habe ich oben (§. 411. 414.) angeführt. Viele glauben, das die pacta remissoria ohne Acceptation gelten. Allein auch dieß ist ohne Grund. *Io. Petr. Wolber* diss. de opinata remissionum debiti sine acceptatione et insinuatione iudiciali validitate. Goetting. 1748. *Io. Christoph Koch* specim. compend. Pand. medit. 4.

§. 733. Grundsätze bey den Verträgen.

Aus der Natur des Vertrags fliessen folgende Grundsätze: 1) Ein jeder Vertrag erfordert die **Einwilligung** der Paciscenten. Denn wenn zwey Personen einen Vertrag schliessen, so will der eine etwas leisten, und der andere will es sich leisten lassen; beyde also wollen, daß etwas zu Stande komme. Wer aber will, daß etwas zu Stande komme, der **willigt ein**, (consentit).

sentit). Also gehört zu jedem Vertrag der Consens, die Einwilligung. 2) Ein Vertrag erfordert mehr als eine Person. Einer kann nicht mit sich selbst paciſciren; wenigſtens also zwey Personen ſind zu einem Vertrag erforderlich. 3) Die Absicht der Paciſcenten iſt, ſich zu verpflichten, und ein Recht zu transferiren. 4) Die Verträge ſind eingeführt, damit ein Mensch ſich gewiſſe Vortheile verſchaffen kann. Man wünſcht oft, daß uns ein anderer etwas leiſte, weil aber dieſer gar nicht, oder doch nicht vollkommen dazu verbunden iſt: ſo kann man nicht darauf rechnen. Man ſchließt alſo ein pactum mit ihm. Dieß giebt uns den Vortheil, daß nun der andere vollkommen verpflichtet iſt, und wir ihn zwingen können (§. 20.) 5) Die Paciſcenten werden durch den Vertrag ſo und nicht anders verbunden, als ſie ſich haben verbinden wollen.

§. 734. Die Verträge erfordern Einwilligung.

Die Verträge erfordern die Einwilligung beyder Paciſcenten. 1) Wer alſo nicht einwilligen kann, der kann auch nicht paciſciren; dergleichen ſind Kinder, Blödſinnige, Höchſtbetrunkene.

2) Unmündige, weil ſie noch nicht die völlige Ueberlegung haben, können zwar andern eine bürgerlichgültige Verbindlichkeit auflegen, aber ſich ſelbſt nicht, wenn nicht ihr Vormund einwilligt.

Die Anmerkung ſagt: können Unmündige ſich nicht wenigſtens eine natürliche Verbindlichkeit ohne den Vormund auflegen? Die Geſetze über dieſen Punct ſind ſchwer oder gar nicht zu vereinigen. Der angeführte d'Arnaud hat die verſchiedene Meynungen erzählt (* I). Soviel iſt gewiß. a) daß ein Kind durch ſeinen Vertrag auch nicht natürlich verpflichtet wird; b) daß, wenn auch ein Unmündiger, der über die Jahre der Kindheit hinaus iſt, nach den Römiſchen Geſetzen einer natürlichen Verbindlichkeit fähig iſt, dieſe Geſetze heben doch alle Wirkungen der natürlichen Verbindlichkeit, in ſoweit ſie dem Pupillen ſelbſt ſchädlich ſind, auf. Ich ſage: in ſoweit ſie dem Pupillen ſelbſt ſchädlich ſind. In Anſehung eines andern hat dieſe Verbindlichkeit ihre Wirkungen. Wenn ſie alſo jemand als Bürge oder expromiſſor übernimmt, ſo muß er bezahlen. Sogar bey dem Erben des Pupillen iſt ſie in ſoweit wirkſam, daß er keine conditionem indebiti hat, wenn er die Schuld bezahlt (* I).

3) Taube und Stumme können paciſciren; wenn ſie ſoviel Vernunft haben, daß ſie begreifen, was ein Vertrag iſt, und zugleich ihre Gedanken erklären können.

4) Wo keine Einwilligung iſt, da iſt auch kein Vertrag. Daher ſind a) die Verträge, bey denen ein Betrug paſſiret, null, wenn der Betrug die Urſache war, daß ich den Vertrag einging. (§. 1008.) b) Wenn ſich die Pa-

cisenten in der Art des Contracts, oder in der Person, oder in der Sache, geirrt haben: so gilt der Vertrag nicht (* 3). Ich sage, wenn sie sich in der Art des Contracts geirrt haben. Z. E. ich habe nur miethen, der andere hat verkaufen wollen. Wenn sie sich in der Person geirret haben, das heißt, wenn ich geglaubt habe, ich paciscire mit dem A. und dieß nicht ist; sondern B. mit mir paciscirt hat: so gilt der Vertrag nicht. Z. E. ein Mackler macht mir glauben, daß A. mein Haus kaufen wolle, und ich verkaufe es ihm für diesen; nun aber, nachdem der Kauf geschlossen ist, erscheint B. als der wahre Käufer. Indessen wird doch hier voraus gesetzt, daß derjenige, der den Contract des Irrthums wegen impugniren will, ein Interesse dabey habe, daß A. und nicht B. der Käufer sey (* 4). Auch wenn ein Irrthum in Ansehung des ganzen Objects passirt ist, das heißt, wenn der Wille des Pacisenten im Gegenstande des Vertrages nicht übereinstimmte: so ist der Vertrag ungiltig, z. E. jemand hat zwey Häuser, Num. 1200. und Num. 1201. ich schliesse mit ihm einen Kauf, in der Meynung, er wolle mir Num. 1200. verkaufen, seine Absicht aber geht auf Num. 1201. (* 5). Ein gleiches findet c) statt, wenn sich die Pacisenten in den Eigenschaften des Gegenstandes irren, und die Eigenschaft, welche sie voraussetzen, ausdrücklich oder stillschweigends zur Bedingung des Vertrags gemacht worden ist, z. E. wenn mir jemand eine tombackene Uhr für eine goldene verkauft, und wir beyde die Uhr für golden gehalten, ich auch sonst den Kauf nicht geschlossen haben würde (* 6). Endlich d) wenn die Sache, welche mir jemand durch einen onerosen Vertrag, Kauf, Tausch, Vergleich u. d. gl. überläßt, heimliche Fehler hat, die sie mir ganz unbrauchbar machen: so kann ich ihn actione redhibitoria belangen, daß er die Sache zurücknehmen, und mir den Werth wiedergeben soll. Hat die Sache heimliche Fehler, welche ihren Werth nur vermindern: so kann ich *actionem quanti minoris* anstellen, daß mir der andere so viel zurück gebe, als die Sache durch die heimliche Fehler am Werth verliert. Denn jeder, welcher über eine Sache paciscirt, setzt voraus, daß sie keine heimliche Fehler habe, und würde nicht in diesen Vertrag gewilligt haben, wenn er von den heimlichen Fehlern Kenntniß gehabt hätte. Nach dem Naturrecht muß er erklären, daß er nur unter der Voraussehung consentiren wolle, wenn die Sache von verborgenen Mängeln frey sey; die Römische Gesetze aber erlauben ihm diese Bedingung zu verschweigen, und gestatten ihm dem ungeachtet eine Klage.

(1) S. auch *Hofacker* diss. ad LL. potiores tit. Dig. de negotiis gestis (Tübing. 1787.) p. 19. sqq. vorzüglich Weber von der natürlichen Verbindlichkeit, 2. Abth. S. 265. u. f. f.

(2) *Averan.*

(2) *Averan.* interpret. lib. 2. c. 14. *Weſtenberg* de cauſ. obligat. diſſ. 1. cap. 4. §. 14. ſqq.

(3) L. 57. D. de obl. et act. ſagt: in omnibus negotiis, ſive bonae fidei ſint, ſive non ſint, ſi error aliquis intervenit, ut aliud ſentias, (puta) qui emit, aut qui conducit; aliud, qui cum his contrahit, nihil valet, quod actum ſit. Et idem in ſocietate quoque coëunda reſpondendum eſt, ut ſi diſſentiant, aliud alio exiſtimante, nihil valet ea ſocietas, quae in conſenſu conſtitit.

(4) *Frid. Gottl. Struv.* diſſ. de effectu erroris in contractu emt. vendit. th. 14. ſqq.

(5) *I. H. Boehmer* diſſ. de interpretatione facienda contra eum, qui clarius loqui debuiſſet, in exerc. ad Pand. vol. 2. pag. 365. ſqq.

(6) L. 9. in f. D. de contr. emt. L. 22. D. de V. O. *Averan.* interpret. lib. 1. cap. 19.

§. 735. Wie die Einwilligung beſchaffen ſeyn müſſe.

Die Einwilligung muß 1) frey ſeyn. Daher giebt der Prätor gegen erzwungene Verträge reſtitutionem in integrum. (§. 1005.) 2) Beſtimmt; eine unbeſtimmte Erklärung wirkt kein beſtimmtes Recht, z. E. wenn ich einem erkläre, daß ich ihm etwas ſchenken, das ich ihm mein Haus verkaufen wolle, aber den Preis nicht beſtimme u. ſ. w. Nur in dem Falle, wenn der Vater erklärt, daß er ſeiner Tochter eine Brautgabe geben wolle: ſo iſt das Verſprechen verbindlich, und der Richter muß das Quantum, den Umſtänden und der Billigkeit gemäß, beſtimmen. 3) Wechſelſeitig. Daher ſind bloſſe Tractaten noch kein Vertrag. Wenn nemlich Leute über ein zu ſchlieſſendes Pactum deliberiren: ſo ſagt man, ſie ſtehen in Tractaten. So lang dieſe Tractaten dauern, iſt noch keine wechſelſeitige übereinſtimmende Einwilligung vorhanden. Auch die Pollicitation iſt kein Vertrag. Pollicitation nemlich heißt ein noch nicht acceptirtes Verſprechen. Sie producirt keine Klage, auſſer a) wenn ſie Gott geſchieht. In dieſem Falle heißt ſie ein Gelübde, und es kann daraus geklagt werden, wenn es anderſt ein *votum reale* iſt, das heißt, wenn es zum Vortheil eines andern Menſchen iſt geleiſtet worden. Z. E. Jemand thut das Gelübde, dem Wayſenhaus 100 Thlr. zu ſchenken, wenn er von ſeiner Frau einen Sohn bekommen werde. Bekommt er einen Sohn: ſo kann das Wayſenhaus auf die 100 Thlr. Klage erheben (* [1]). b) Wenn ſie dem Staat geſchehen iſt, und einen hinlänglichen Grund hat. Z. E. wenn jemand erklärt, daß, wofern er im künftigen Jahr Burgermeiſter werde, er das Straſſenpflaſter der Stadt wolle ausbeſſern laſſen: ſo muß er, im Fall er das Amt erhält, ſein Verſprechen halten, wenn es der Staat auch nicht acceptirt hat. 4) Aufrichtig; wenn a) die Paciſcenten einen Vertrag ſimuliren, aber im Ernſte gar keinen haben ſchlieſſen wollen, ſo iſt auch keiner geſchloſſen. Wenn ſie b) äuſſerlich einen andern Vertrag ſimuliren, als ſie wirklich abſchlieſſen: ſo gilt der geheime, (contractus interne geſtus) nicht der ſimulirte;

wofern

wofern nur der geheime nicht den Gesetzen zuwieder ist. Z. E. wenn zwey Leute einen Hauskauf simuliren, im Grund aber gar keinen Contract schliessen wollen: so gilt auch keiner. Haben sie im Grunde statt des Kaufs eine Schenkung eingegangen, so gilt diese Schenkung, wenn ihr sonst nichts im Wege steht. Wenn z. E. Ehegatten einander schenkten, und einen Kauf simulirten: so würde weder Kauf noch Schenkung gelten. (§. 411.) 5) Gewiß; sie muß also entweder ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden.

Nemlich wenn man behauptet, daß jemand eingewilligt habe, so muß man Gründe zu dieser Behauptung haben. Daher läßt sich bey dieser Einwilligung a) auf die Gründe selbst, b) auf die Wahrheit der Behauptung Rücksicht nehmen. Sieht man auf die Gründe, so sind sie entweder Handlungen, (Worte oder Werke) oder nicht. Im ersten Fall ist eine wahre, im andern eine vermuthliche Einwilligung vorhanden. Die wahre Einwilligung ist entweder eine ausdrückliche oder stillschweigende. Eine ausdrückliche heißt diejenige, welche durch solche Worte, oder durch solche Facta erklärt wird, die den Consens unmittelbar zu erkennen geben, ohne daß ein Raisonnement nöthig ist; weil sie als Zeichen der Einwilligung unter den Menschen eingeführt und angenommen sind. Ein Factum dieser Art ist z. E. das Kopfnicken. Stillschweigend wird der Consens erklärt, wenn man Worte gebraucht, oder Facta unternimmt, woraus sich eine Einwilligung folgern läßt, *facta concludentia*, wie man sagt. Z. E. wenn ich meinem Schuldner den Schuldschein zurückgebe, so erkläre ich stillschweigend, daß ich ihm die Schuld erlassen wolle (*[2]). Endlich der vermuthete Consens wird weder aus Worten noch Werken, die auf den gegenwärtigen Fall einen Bezug haben: sondern aus andern Gründen geschlossen; aus der bekannten Denkungsart eines Menschen; aus den Sätzen, wer den Zweck will, will vermuthlich auch die Mittel; es ist zu glauben, daß einer das wolle, was ihm nützlich ist, u. s. w. Z. E. wenn man annimmt, daß der abwesende Vater in die Heyrath seiner Tochter consentirte, weil sie vortheilhaft ist, ob er gleich nichts davon weiß: so ist es ein consensus praesumptus. Sieht man auf die Wahrheit, womit der Consens behauptet wird: so wird er entweder mit Gewißheit oder nur mit Wahrscheinlichkeit behauptet. Jener heißt consensus certus, dieser probabilis.

Dieses vorausgesetzt, bemerke man: wo man mit Gewißheit einen Vertrag behaupten will, da muß consensus verus und certus seyn. Ist er ausdrücklich ertheilt: so heißt der Vertrag *pactum expressum*; ist er stillschweigend erklärt, so ist es ein *pactum tacitum*. Aus dem vermutheten Consens wollen einige die Quasicontracte herleiten, allein ich will unten zeigen, (§. 934.) daß dieß nicht allgemein wahr ist (*[3]).

(1) *G. L.*

(1) *G. L. Boehmer* princip. iur. canon. §. 348.
(2) L. 2. §. 1. D. de pact. L. 3. §. 1. D. de lib. legat. L. 59. D. de legat. III. Wie aber, wenn ich den Schuldschein verbrenne, oder einen aus mehreren Schuldscheinen zurückgebe? *Müller* ad *Leyser* obs. 159. 160.
(3) Von den pactis tacitis s. *Bachov.* ad prot. Pand. p. 599. sqq. *Vinn.* tract. de pactis, cap. 12.

§. 736. Nur mehrere Personen können unter sich pacisciren.

Ein Vertrag wird unter mehreren Personen geschlossen, daraus folgt, 1) daß der Vater mit seinem filio familias keinen Vertrag schliessen kann; denn Vater und Sohn werden als Eine Person angesehen. Hat der Sohn ein peculium castrense, oder quasi castrense: so kann er darüber mit dem Vater paciscirен; denn in Ansehung dieser Güter wird er als pater familias angesehen. Es fragt sich nur: gilt denn heutigestags ein Vertrag zwischen Vater und Sohn? Viele Juristen (*1) behaupten, daß in Deutschland Vater und filius familias contrahiren könnten. Aber ich kann mich, da das Römische Recht in diesem Stück nirgends abgeschafft ist, davon nicht überzeugen, und halte es daher mit den Rechtsgelehrten (*2), die dergleichen Contracte, wo nicht der Vater den Sohn zu dem Ende ausdrücklich emancipiret, für ungiltig erklären. 2) Zwey filii familias eines Vaters konnten zu der Zeit, als ein Sohn noch nichts eigenes hatte, unter einander keine bürgerliche giltige Verträge schliessen; denn im Grund war es eben so viel, als ob sie mit dem Vater paciscirten. Seit Zeit aber, als die Söhne peculia militaria und adventitia hatten, ließ sich dieser Satz nicht mehr behaupten (*3). Auch die Sklaven können nicht paciscirен; denn sie sind keine Personen, sind als bürgerlich todte anzusehen. Daher gelten ihre in der Sklaverey geschlossene Contracte auch nicht nach der Freylassung (*4).

(1) Z. E. *Thomasius* in diss. de usu pract. tit. I. de patr. pot. cap. 2. §. 9. Strube rechtl. Bed. 2. Th. 254. S. Weber von der natürl. Verbindlichkeit, 3. Abth. S. 31.
(2) *Wernher* part. 5. obs. 189. *Stryk* caut. contr. sect. 1. cap. 25. *Leyser* sp. 21. m. 5. *Renz* diss. mixtura iur. rom. et German. in materia patr. pot. thes. 20. *Hommel* diss. de usu hod. patr. pot. cap. 3. §. 82. *Heimburg* diss. difficill. emancipat. cap. §. 55. 56. 57. welcher (§. 84.) nicht einmal eine Emancipation, die blos zu diesem Geschäft geschieht, für giltig hält.
(3) Eine natürliche Verbindlichkeit entsteht aus den Contracten, die Vater und Sohn, oder zwey in der väterlichen Gewalt befindliche Brüder unter einander schliessen; desgleichen aus den Verträgen der Sklaven L. 38. D. de condict. indeb. (eine der schwersten und berühmtesten Stellen in den Pandecten, eine von den sieben legibus damnatis). L. 14. L. 43. D. de O. et A. *Vinn.* ad §. 6. I. de inutil. stip. Anderer Meynung, in Ansehung der Verträge zwischen Vater und Sohn, ist *Merenda* controv. lib. 1. cap. 20. und mehrere.
(4) L. 17. D. de negot. gest. L. 1. 2. C. an serv. pro suo fact. (IV. 14.)

§. 737. Von den Personen, die über ihr Vermögen nicht paciſciren können, und vom Gegenstand der Verträge.

Durch einen Vertrag will man ſich verpflichten, und ein Recht auf den andern transferiren. Daher können 1) nur ſolche Perſonen, welche die Administration ihres Vermögens haben, über ihr Vermögen paciſciren. Minderjährige und erklärte Verſchwender können alſo über das Vermögen, welches unter der Verwaltung ihres Curators ſteht, keine Verträge ſchlieſſen. Verträge, welche ihre Perſon betreffen, ſind giltig. Auch wenn der Curator dem Minderjährigen oder Verſchwender etwas zu ſeiner freyen Diſpoſition, Taſchengeld z. E. giebt, ſo können ſie darüber giltig paciſciren (* 1).

2) Der Gegenſtand muß in der Gewalt der Paciſcenten ſeyn. Das iſt einerley, ob er ſchon gegenwärtig darinn, oder erſt in Zukunft in dieſelbe kommen wird. Alſo ein Vertrag iſt ungiltig a) wenn der Gegenſtand nicht im Commerz iſt. Das Römiſche Recht zählet dahin freye Menſchen, res ſacras, publicas und religioſas. (§. 263. 265.) Auch heutigestages giebt es Dinge, die durch beſondere Landesgeſetze dem Commerz entzogen ſind, man nennt ſie **Contrebande Waaren.** b) Wenn der Gegenſtand unmöglich iſt; wenn ich einem etwas verſpreche, welches ich zu leiſten auſſer Stand bin. Z. E. wenn ich einem ein Pferd verkaufe, das zur Zeit des Kaufes ſchon crepirt iſt, oder nachher crepirt. Ob ich indeſſen gleich in dieſem Fall nicht ſchuldig bin, das verſprochene Object ſelbſt zu leiſten: ſo muß ich doch zuweilen das Intereſſe präſtiren, alsdenn nemlich, wenn ich entweder zu der Zeit, da ich den Vertrag eingieng, wußte, daß ich ihn nicht erfüllen konnte; oder wenn die Unmöglichkeit erſt nachher, aber durch meine Schuld, eingetreten iſt. S. die 47. Tabelle (* 2). c) Verträge über die Sache eines andern präjudiciren dem Eigenthümer nicht: auch kann man nicht über das Factum eines andern paciſciren.

Ich ſage, Verträge über die Sache eines andern präjudiciren dem Eigenthümer nicht; unter den Contrahenten ſelbſt, bringen ſie eine Verbindlichkeit hervor. Wenn mir einer eine fremde Sache verkauft hat: ſo kann ich ihn belangen, daß er mir ſie tradire, oder das Intereſſe leiſte; (daß er die Eviction präſtire); ich kann auch die Sache verjähren, wenn die zur Verjährung nöthige Erforderniſſe vorhanden ſind. So auch, wenn mir Jemand eine Sache leihet, vermiethet, bey mir deponiret, mir verpfändet, die nicht ihm gehört: ſo entſteht eine Verbindlichkeit zwiſchen ihm und mir; ich bin ſchuldig, ihm die Sache zurück zu geben, und kann mich nicht mit der Exception ſchützen, daß die Sache einem andern zugehöre.

Was aber die Verträge belangt, deren Gegenſtand ein fremdes Factum iſt: ſo muß man folgende Fälle unterſcheiden: der erſte, wenn ich dir verſpreche

spreche, ich wolle mir alle Mühe geben, einen dritten dahin zu bringen, daß er etwas thue, z. E. daß er dir seine Tochter zur Ehe gebe: so ist der Vertrag giltig; dergestalt, daß ich alle Mühe anwenden muß. Wenn ich dieß aber (mit oder ohne Wirkung) gethan habe: so bin ich von meiner Verbindlichkeit frey. Der zweyte, wenn ich dir verspreche, ich wolle es dahin bringen, daß dir ein dritter etwas leiste, z. E. dir seine Tochter gebe: so gilt der Vertrag. Nur fragt sichs: muß ich das Interesse prästiren, wenn der dritte nicht zu der Prästation zu bewegen ist. Hert und Otto (* 3) distinguiren mit Recht: wenn ich ein solches Versprechen umsonst gethan habe: so bin ich nicht schuldig, das Interesse zu leisten. Denn man erklärt in diesem Fall das pactum billig so, als ob ich nur versprochen hätte, alle Mühe anzuwenden (* 4). Ein anders aber ist zu behaupten, wenn ich etwas für mein Versprechen erhalten habe. Hier hat man keine Ursache, jene billige Erklärung statt finden zu lassen. Drittens der Vertrag: ich verspreche dir, daß dir Titius etwas geben, etwas thun solle, ist nach dem Römischen Recht ganz ungiltig. Der Grund liegt in der Natur der Formeln; denn es wird vorausgesetzt, daß dieser Vertrag durch feyerliche Worte geschlossen worden sey. Dergleichen Verträge erklärte man nach dem strengen Recht, und hielt sich fest an die Worte. Nun ist aber das Versprechen: Titius soll dir etwas leisten, wenn man bey den Worten stehen bleibt, unvernünftig. Daher gilt es nicht. Heutigestages aber erklärt man diesen Vertrag, als ob ich versprochen hätte: ich wolle es dahin bringen, daß Titius etwas prästiren solle. Dieß halte ich wenigstens für die richtigere Meynung (* 5).

3) Ein in den Gesetzen verbotener Vertrag bringt keine Verbindlichkeit hervor. Daher gelten nach Römischem Recht a) die Erbverträge nicht, wenn die Rede von der Erbschaft des Paciscenten, oder eines dritten ist, der nicht in den Vertrag willigt. Die Erbverträge nemlich, pacta successoria heißen Verträge, welche über die Verlassenschaft eines noch lebenden Menschen geschlossen werden. Wenn man also über die Erbschaft eines schon Verstorbenen paciscirt: so ist es kein Erbvertrag. Auch ein Vertrag, welcher mich nur durch seine Folgen zum Erben eines Menschen macht. Z. E. eine Arrogation gehört nicht unter die Erbverträge.

Die Erbverträge werden entweder über die Verlassenschaft eines Mitpaciscenten eingegangen, oder über eines Dritten seine. Die letztere heissen pacta successoria *dispositiva*. Z. E. ich verkaufe einem die Erbschaft meines noch lebenden Oheims; verspreche ihm, daß ich ihm diese Erbschaft, wenn mein Oheim sterben wird, überlassen wolle. Die erstere sind entweder *affirmativa*, wodurch ich einem ein Erbrecht auf mein Vermögen gebe; oder *negativa*

gativa s. *renunciativa*, Erbverzichte, wodurch ich auf eine mir zustehende künftige Erbschaft entsage. Eine Gattung von affirmativen Erbverträgen haben wir oben kennen gelernt, die Einkindschaft. (§. 151.) Beyspiele von Erbverzichten sind in Deutschland häufig. Prinzessinnen, Gräfinnen und adeliche Töchter leisten sehr oft zum Besten des Mannsstammes Verzicht auf die Succession. Die affirmative Erbverträge werden gewöhnlich in *adquisitiva*, *conservativa* und *restitutiva* eingetheilt. *Adquisitiva* sind, wodurch ich ein Erbrecht erlange, das ich vorher nicht hatte. Von dieser Art ist die Einkindschaft; denn die Stiefkinder bekommen ein zuvor nicht gehabtes Erbrecht im Vermögen der Stiefeltern. *Conservativa*, wodurch ich mir ein Erbrecht, dessen ich mich verlustig gemacht hatte, erhalte. Im Grund aber sind sie von den adquisitivis nicht verschieden. Restitutiva endlich heissen die, wodurch ich mich verbindlich mache, eine Erbschaft, die mir durch Testament, ab intestato, oder aus Verträgen zufallen wird, einem andern wieder abzutreten, oder auch mein eigenes Vermögen nach meinem Todt, einem andern, der nicht Mitpacisçent ist, zu überlassen.

Die adquisitive, und folglich auch die conservative Erbverträge sind nach dem Römischen Recht der Regel nach ohne Unterschied ungiltig (*6), die restitutive (*7) und renunciative (*8) ebenfalls. Was aber die des positiven betrifft, so werden sie entweder über die Erbschaft eines dritten bestimmten Menschen, oder über die Verlassenschaft einer unbestimmten Person eingegangen. Die letzten sind giltig. Also wenn mir z. E. jemand die erste Erbschaft, welche ihm aus meinem Testament, oder ab intestato zufallen möchte, erkauft, so ist der Vertrag giltig (*9). Ist hingegen der Dritte, über dessen Erbschaft pacisçirt wird, bestimmt, z. E. ich verkaufe dir die Erbschaft meines noch lebenden Oheims, so willigt entweder dieser in den Vertrag, oder nicht. Wenn ich meinem Oheim die Proposition thue, daß ich seine Erbschaft einem andern verkaufen wolle, und er sichs gefallen läßt: so ist der Vertrag zwar giltig, indessen kann der Oheim, sobald er will, dem Käufer einen Strich durch die Rechnung machen, indem er seine Einwilligung zurücknimmt, z. E. ein Testament macht, und einen andern Erben einsetzt, welches er zu thun befugt ist. Willigt der Dritte in dem gegebenen Beyspiel, mein Oheim, nicht ein, weiß entweder vom Vertrag nichts, oder erklärt sein Mißfallen: so ist der Vertrag ungiltig (*10). S. die 48. Tabelle. Die Ursache, warum die Römer die Erbverträge, nur wenige Fälle ausgenommen, verboten haben, liegt darinn, weil sie a) die Erbfolge für eine Sache hielten, welche ein für allemal durch die Gesetze regulirt sey. Successio war, wie sie sagten, iuris publici, et ius publicum pactis privatorum mutari nequit. b) Weil sie glaubten, daß einer, welcher ein unwiderrufliches Recht auf meine Erbschaft hat, mir nach dem

dem Leben stehen werde. Nun fragt sichs eben, sind die Verordnungen des Römischen Rechts in dieser Lehre bey uns angenommen? Manche Juristen behaupten es (* 11). Allein die meisten (* 12) sind der gegründetern Meynung, daß die Erbverträge bey uns giltig seyen. Denn sie haben von jeher in Deutschland gegolten, und die Erbschleicher sind bey uns nie so häufig und boshaft gewesen, daß man Lebensnachstellungen von einem Erben zu befürchten gehabt hätte. Nur bey den dispositiven Erbverträgen behaupten verschiedene (* 13), die sonst die Giltigkeit der Erbverträge überhaupt vertheidigen, ein anderes, und glauben, daß in Ansehung derselben das Römische Recht gelte. Allein ich kann dieser Meynung nicht beypflichten, sondern glaube mit den unten angeführten (* 14) Rechtsgelehrten, daß auch diese Erbverträge giltig sind, der Dritte mag davon wissen, mag einwilligen, oder nicht. b) Die pacta über eine Sache, die im Proceß liegt (super re litigiosa), sind ungiltig. Während des Processes soll alles in seinem bisherigen Zustand (statu quo) bleiben; weder der Kläger, noch Beklagte sollen ihre Rechte einem andern abtreten. Doch sehe man §. 867.

(1) Weber am a. O. S. 285. u. f. f.
(2) *Io. Aug. Reichard* diss. de casu obligationem tollente, §. 3.
(3) Hert. in der im Text angeführten diss. *Ev. Otto* ad §. 3. I. de inutil. stipulat.
(4) Anderer Meynung ist *Pufendorf* animadvers. 61.
(5) *Voet.* ad tit. P. de verb. oblig. §. 5.
(6) L. 15. L. 19. C. de pact. (II. 8.) L. 4. C. de inutil. stip. (VIII. 39.) L. 5. C. de pact. convent. super dote. (V. 14.) *Ad. Franc. Hebestreit* diss. vindicae veri valoris pactor. successorior. tam. iur. rom. quam germ. (Erf. 1768.) cap. 3. §. 20. sqq. welche Schrift ich vor allen andern in dieser Materie empfehle.
(7) Wie *I. H. Boehmer* diss. de fundam. pactor. famil. ad fideicommiss. inclinantium, cap. 1. Ex. ad Pand. tom. 2. p. 403. sqq. und *Hebestreit* l. c. §. 28. sqq. gegen die dissentirende zeigen. Wenn ich meinem Erblasser verspreche ein Fideicommiß zu leisten, muß ich es zwar thun, (§. 605.) allein nicht vermöge des Vertrags, sondern vermöge des letzten Willens, den mein Erblasser zu erkennen gegeben hat, wenn anders seine Erklärung in gesetzlicher Form geschehen ist.
(8) Dieß läugnen zwar viele, aber man sehe L. fin. D. de suis et legit. L. 3. C. de collat. (VI. 20.)
(9) L. 3. §. 2. D. pro soc.
(10) Der Sitz dieser Materie ist L. ult. C. de pactis (II. 3.)
(11) *Hartm. Pistor* part. 4. qu. 2. *Cocceii* iur. controv. tit. de pact. qu. 3. §. 4.
(12) *Schilter* Ex. 8. th. 40. 41. *Heinecc.* elem. iur. germ. lib. 2. §. 167. *Berger* oec. iur. lib. 2. tit. 4. th. 48. *Wernher* part. 1. obs. 160. *Leyser* sp. 43. med. 5. *Boehmer* tom. 1. part. 2. resp. 46. n. 15. 16. 17. tom. 2. part. 2. resp. 887. n. 8. sqq. *Cramer* de verbis pacti successorii etc. §. 1. opusc. tom. 2. p. 455. *Pufendorf* tom. 3. obs. 23. §. 3. Strube Nebenst. 5. Theil, Seite 50. u. f. f. und rechtl. Bed. 2. Band, 63. Bed. Pütters Rechtsfälle, 2. Band, S. 48.

S. 48. u. f. f. *Hebestreit* l. c. §. 59. Es ist auch nicht nöthig, daß die Erbverzichte eidlich geschehen, wie viele, unter andern auch *Leyser* sp. 45. med. 1. glauben. *Reinhard* ad *Christin.* II. 15. *Müller* ad *Leyser* obs. 164. Indessen ist es eben darum, weil die Sache streitig ist, nicht rathsam, den Eid wegzulassen.

(13) *Stryk* de succeff. ab intest. diff. 8. cap. 2. §. 6. sqq. *Lauterbach* coll. th. pr. tit. de pact. §. 18. sqq. *Berger* l. c. not. 1. *Heinecc.* l. c. §. 168. *Leyser* sp. 375. med. 27. *Ludewig* diff. de diff. iur. rom. et germ. in pactis de superstitis heredis cap. 4. *Pufendorf* tom. 3. obs. 12.

(14) *Bachov* ad *Treutler* vol. 1. disp. 6. th. 8. lit. e. *Boehmer* diff. de succeff. hered coniug. ex pact. dotal. cap. 1. §. 12. Exerc. ad Pand. vol. 4. pag. 688. *Hommel* rhapsod. obs. 59. *Hebestreit* l. c. §. 63. sqq. *Rivini* diff. de pactis successor. cap. 3.

§. 738. Kann man zum Vortheil eines Dritten pacisciren?

Die Verträge sind unter den Menschen dazu eingeführt, daß jeder sein eignes Bestes befördern soll. Daher kann man nach dem Römischen Recht nur für sich, nicht für andere pacisciren (*[1]). Wenn ich mir für einen Dritten etwas versprechen lasse, ohne Vollmacht von ihm zu haben: so ist das Versprechen ungiltig. Nicht einmal der Vater kann seinem Sohn, der doch mit ihm sonst Eine Person vorstellt, durch einen Vertrag einen Vortheil verschaffen (*[2]). Nur alsdann gilt mein Vertrag, den ich zum Vortheil eines Dritten schliesse, wenn mir selbst daran gelegen ist, wenn ich ein *interesse pecuniarium*, (oder *principale*, wie es in der L. 23. D. de pact. genennt wird), dabey habe, daß dem Dritten das versprochene Object geleistet werde. Z. E. wenn sich ein Mitvormund von dem andern Caution zum Besten des Pupillen stellen läßt (rem pupilli salvam fore): so ist der Vertrag giltig, denn dem Mitvormund ist selbst daran gelegen, daß das Vermögen des Pupillen gut administriret werde, weil er dafür mithaften muß. Wenn ich also mir und dem A. etwas versprechen lasse; z. E. hundert Thaler: so gilt der Vertrag nur in Ansehung meines Antheils, das heißt, ich kann 100 Thlr. fordern; A. aber nichts. Lasse ich hingegen mir, oder dem A. etwas versprechn: so kann ich zwar das ganze Object fordern, der Promissor aber ist auch befugt, es dem A. ganz zu prästiren (*[3]). Heutigestags wird diese Sache blos nach dem Naturrecht beurtheilt. Daher kann ich mir für einen Dritten etwas giltig versprechen lassen; wenn ich auch kein anderes Interesse dabey habe, als das Interesse der Freundschaft, oder der Menschenliebe (*[4]).

(1) So raisonniren die Römische Juristen. Sehr gründlich ist freylich das Raisonnement nicht. *Kress* diff. de rationibus decid. in var. iur. et respons. cap. 2. §. 9.

(2) L. 17. §. 4. L. 21. §. 2. D. de pact.

(3) *Vinn.* de pactis, cap. 15. A. heißt in diesem Fall der *adiectus*.

(4) *Ley-*

(4) *Leyser* spec. 519. med. 4. Cramer Wetzl. Nebenstunden, 57. Theil, 136. Seite, 107. Theil, 434. Seite. *Wernher* p. 1. obs. 182. Strube rechtl. Bed. 3. Theil, 71. Seite. *Pufendorf* tom. 2. obs. 38. §. 20.

§. 739. Verschiedene äussere Bestimmungen der Verträge.

Die Paciscenten werden auf die Weise verpflichtet, wie sie sich haben verpflichten wollen. Sie können sich also unbedingt, (pure) bedingt, (sub conditione) *sub modo*, und *sub die* verpflichten.

§. 740. Von bedingten Verträgen.

Was die Bedingung, und wie vielerley sie ist, haben wir oben schon gehört. Die bedingte Verträge werden entweder unter suspensiven oder resolutiven Bedingung eingegangen. Man s. die 49. Tabelle. Wenn der Vertrag nicht eher vollkommen ist, als bis eine gewisse Bedingung erfüllt wird: so heißt er pactum sub conditione suspensiva. Wenn er hingegen gleich anfangs vollkommen ist, aber seine Giltigkeit verliert, sobald die Bedingung existirt: so ist er ein pactum sub conditione resolutiva (* 1). Z. E. wenn ich einem eine Sache mit dem Beding verkaufe, daß der Kauf erst alsdenn gelten soll, wenn ich binnen vier Wochen keinen bessern Käufer finde: so ist es ein pactum sub conditione suspensiva. Schliesse ich hingegen den Kauf dergestalt, daß er zwar sogleich vollkommen seyn, aber wieder aufgehoben seyn soll, wofern der Kaufschilling binnen einem Jahr nicht bezahlt wird: so ist es pactum sub conditione resolutiva.

Was die Verträge sub conditione *resolutivâ* betrift, so sind sie, so lange die Condition noch schwebt (pendente conditione), vollkommen, sind als conventiones purae anzusehen, und wenn ich einem vermöge eines solchen Vertrags meine Sache tradire, so wird er Eigenthümer, zieht die fructus, kann die Sache verpfänden, veräussern ꝛc. Deficiret die Bedingung, so bleibt die Convention giltig; sobald sie hingegen existirt, so wird die Convention dergestalt aufgehoben, daß es eben so gut ist, als ob sie nie eingegangen worden wäre (conventio retro nulla fit). Jeder Besitzer muß also die Sache, mit allen zeither genossenen Früchten herausgeben.

Von den unter einer suspensiven Bedingung hingegen geschlossenen Verträgen ist folgendes zu bemerken.

Wenn ich 1) meinem Versprechen eine physisch unmögliche Bedingung affirmativ anhänge, das heißt, ich verspreche einem etwas auf den Fall, wenn er etwas physisch unmögliches thun wird, so ist der Vertrag ungiltig. Z. E. wenn ich einem ein Prämium verspreche, wofern er das Verhältniß des Cirkeldiameters zur Peripherie ganz genau angeben werde: so bin ich nicht ver-

verpflichtet. Denn dieses Verhältniß läßt sich nicht genau angeben, wie Lambert erwiesen hat.

Ist die physisch unmögliche Bedingung *negative* beygefügt, d. i. ich verspreche dir etwas, wofern du etwas physisch unmögliches unterlassen wirst, so ist der Vertrag als ein unbedingter (conventio pura) anzusehen (* 2).

2) Wenn ich etwas unter einer moralisch unmöglichen Bedingung verspreche: so ist der Vertrag ungiltig, die Bedingung mag nun affirmativ beygefügt seyn, d. i. der Promissar soll ein unerlaubtes Factum thun, oder negativ, er soll das unerlaubte Factum unterlassen. Denn die Gesetze halten es eben sowohl für schändlich, wenn man sich etwas versprechen läßt, um eine verbotene Handlung zu thun, als um sie zu unterlassen (* 3).

3) Ist die Bedingung möglich: so gelten die Regeln: pendente conditione dies neque cedit neque venit; das heißt, so lang es ungewiß ist, ob die Bedingung erfüllt werden wird, oder nicht: so hat der Promissar kein gewisses, zuverlässiges Recht auf das versprochene Object; obligatio quidem concepta est, wie einige sagen, sed in utero adhuc latet. Noch weniger kann der Promissor auf das Object klagen. Indessen darf doch kein Theil pendente conditione vom Vertrag abgehen (* 4); auch darf der Promissor nichts unternehmen, wodurch dem promissario seine Hoffnung aus dem Vertrag vereitelt wird, und endlich transmittiret der promissarius seine Hoffnung auf seine Erben (* 5), das heißt, wenn er stirbt, ehe die Bedingung erfüllt wird, die Erfüllung aber nach seinem Todt erfolgt: so können seine Erben das versprochene Object fordern. Es ist also bey den Verträgen nicht nöthig, wie es bey der Erbeseinsetzung, und den Vermächtnissen erfordert wird, daß der Promissarius die Erfüllung der Condition erlebe. Z. E. wenn ich einem etwas mit dem Beding verspreche, wofern mein Schiff glücklich aus Ostindien zurück kommen wird, und das Schiff erst nach seinem Todt kommt: so muß ich mein Versprechen erfüllen. Die Ursache, warum die Gesetzgeber hier etwas anders, als bey den letzten Willensverordnungen statuirt haben, liegt darinn, wer einen Vertrag schließt, will nicht allein sich selbst, sondern auch seinen Erben einen Vortheil verschaffen. Wenn ich hingegen einem etwas in einem letzten Willen verlasse: so denke ich gewöhnlich nur an ihn, und nicht an seine Erben; nur ihm will ich etwas zuwenden, nicht seinen Erben, die ich oft nicht einmal kenne.

4) Wenn die Bedingung erfüllt wird, so wird sie zurück gezogen, bis zum Anfang des Geschäftes. Wenn ich also heute den 1. Merz 1781. einen Vertrag unter einer Bedingung schliesse, und diese im Jahr 1782. erfüllt wird: so ist es eben so anzusehen, als ob diese Erfüllung schon am 1. Merz

1781. erfolgt, oder welches einerley ist, als ob die Convention ganz unbedingt geschlossen wäre.

5) Sobald es gewiß ist, daß die Condition nicht erfüllt werden wird (si deficit conditio), so ist der Vertrag ungiltig, und zwar *retro*, d. i. er ist nie giltig gewesen, er ist als von dem ersten Augenblick an ungiltig anzusehen.

Die Anmerkung sagt: wenn ein Vertrag dergestalt geschlossen wird, daß das Object desselben anderst nicht, als im Fall eine Casualcondition existirt, geleistet werden soll: so heißt er *conventio de spe*, und diese ist zweyerley. Wenn ich einem etwas unbedingt verspreche, und mir dagegen etwas anders unter einer casuellen Bedingung: so heißt es *conventio de spe proprie sic dicta*. Verspricht mir hingegen Jemand etwas unter einer casuellen Condition, und ich verspreche ihm von meiner Seite etwas anders, aber auch unter der Bedingung, daß er das seiner Seits versprochene leisten werde, so ist es *conventio de re sperata*. Z. E. wenn ich einem Fischer für den ersten Zug Fische 1 Thlr. verspreche: so ist es conventio de spe stricte. Denn er verspricht mir nur die Fische bedingter Weise, wofern er etwas fangen wird; ich aber verspreche den Thaler pure, ich muß ihn bezahlen, der Fischer mag etwas oder nichts fangen. Eben so ist es, wenn ich in die Lotterie setze. Denn ich bin den Betrag des Looses auf alle Fälle schuldig; die Lotteriecasse aber bezahlt mir den Gewinnst nur unter der Bedingung, wenn mein Loos treffen wird. Hingegen wenn ich einem für jede Ohm Wein, die im Jahr 1787. in seinem Weinberg gemacht werden wird, 10 Thlr. verspreche: so ist es conventio de re sperata. Denn er verspricht nur Wein unter der Bedingung, wenn dergleichen wachsen wird; und ich verspreche den Kaufschilling nur mit dem Beding, wenn ich Wein bekomme.

(1) Die conditio resolutiva ist mehr ein besonderes pactum resolutivum, als eine Bedingung. L. 2. §. 3. D. pro emt. *Io. Frid. Wahl* progr. de permutatione pacto displicentiae vallata, §. 10.

(2) §. 4. I. de verb. oblig. sagt: ex conditionali stipulatione tantum spes est, debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si prius, quam conditio exstet, mors nobis contigerit.

(3) §. 11. I. de inutil. stip.

(4) L. 7. §. 3. D. de pact. L. 31. D. de obligat. et act. §. 11. I. cit. *Io. Tob. Richter* diss. de impossib. condit. contractum non vitiante, Lips. 1747. will einen Unterschied gemacht wissen, ob der Promittent gewußt habe, daß die Bedingung unmöglich sey oder nicht. Im ersten Fall soll der Vertrag gelten, im letzten nicht. Allein die Gesetze kennen diese Distinction nicht.

§. 741. Von dem Vertrag sub modo.

Modus heißt eine Clausel, welche einem wohlthätigen Geschäft ange-

hängt, und wodurch dem, der die Wohlthat erhält, etwas zu thun oder zu unterlassen auferlegt wird. Also der modus wird nur wohlthätigen Geschäften, das heißt, solchen beygefügt, da ich auf den andern etwas unentgeltlich transferire, nichts dagegen von ihm erhalte; nur den Vermächtnissen und Schenkungen. Z. E. wenn ich einem 200 Thlr. schenke, um die Doctorwürde anzunehmen: so ist es ein Geschenk sub modo.

Der modus ist von der conditione resolutiva unterschieden. Denn 1) kann diese alle Arten von Geschäften angehängt werden; der modus, wie gesagt, nur actibus beneficis. 2) Die conditio resolutiva kann casualis und potestativa seyn; ihre Erfüllung hängt entweder von dem Willen des Promissarius, oder von äusserlichen Umständen ab; der modus aber ist allezeit potestativus; d. h. er enthält immer etwas, welches der andere thun und lassen kann, welches in seiner Gewalt steht, und nicht von äusserlichen Umständen dependiret. 3) Wenn die conditio resolutiva nicht erfüllt wird: so hört die Giltigkeit des Versprechens auf, und zwar von selbst, ipso iure. Hingegen wenn der modus nicht erfüllt wird: so geschieht dieß nicht, sondern der Promissor muß den Promissarius auf die Erfüllung des modi belangen, und wenn diese durch die Schuld des Promnissars nicht mehr möglich ist, auf das Interesse.

Wer übrigens etwas sub modo verspricht, muß es leisten, wenn gleich der andere den modum noch nicht erfüllt hat, modus non suspendit obligationem, nur muß ihm dieser Caution stellen, daß er den modum erfüllen wolle (* 1).

(1) Arg. L. 44. D. de manumiss. testam.

§. 742. Von dem Vertrage sub die.

Wenn dem Vertrag eine Zeit beygefügt wird, so heißt er *pactum sub die*. Dieser Tag ist entweder gewiß oder ungewiß. Ist er ungewiß, so ist entweder beydes ungewiß, a) ob er kommen wird, und b) wenn er kommen wird; die quaestio an und die quaestio quando ist unentschieden, oder nur eins von beyden. Ist beydes ungewiß, oder wenigstens die quaestio an nicht entschieden: so ist der Tag als eine Condition anzusehen. Was also von den Conditionen gesagt worden ist, das gilt auch hier. Z. E. wenn ich einem etwas an dem Tag zu leisten verspreche, da er mündig werden wird: so ist es so gut, als ob ich es ihm unter einer Bedingung versprochen hätte.

Wie aber, wenn beydes, die Frage ob, und die Frage wann der Tag kommen wird: oder wenigstens die erstere entschieden ist? Z. E. der erste Jan. 1790. ist ein Tag von dem gewiß ist, daß er kommt, und wann er kommt. Hingegen der Todestag eines jeden jetztlebenden Menschen ist gewiß in Ansehung

hung der Frage ob, ungewiß in Rücksicht der Frage wann. Ein solches Versprechen ist entweder *ex die*, von einer Zeit an, oder *in diem*, an eine Zeit geschehen.

Ex die verspreche ich, wenn ich das versprochene Object nicht eher, als an einem gewissen Tag leisten will; z. E. ich verspreche dir 100 Thlr. aber erst auf künftige Ostermesse zu bezahlen. In diem verspreche ich, wenn ich nur eine gewisse Zeitlang verbunden seyn will. Z. E. ich verbürge mich nur Ein Jahr lang; wenn das Jahr aus ist, will ich aus meiner Bürgschaft, weder für das vergangene noch das zukünftige verhaftet seyn. Ich verspreche einem alle Jahr 100 Thlr. zu zahlen, so lang bis er mündig seyn wird.

Bey dem pacto ex die; gilt die Regel: *dies statim cedit*, der Promissar hat sogleich ein Recht, *sed uenit demum tempore lapso*, er kann erst klagen, wenn die bestimmte Zeit verflossen ist. Hingegen in dem pacto in diem ist die Regel: *dies statim cedit et venit*. Der Promissar erhält sogleich ein Recht, kann auch sogleich daraus klagen; *sed obligatio tempore lapso exspirat*, wenn die bestimmte Zeit verflossen ist, so hört sein Recht und meine Verbindlichkeit auf. Bey den Verträgen, welche durch feyerliche Worte geschlossen werden, statuirt das Römische Recht ein anders; die daraus entstehende Verbindlichkeit hört nach verflossener Zeit nicht auf. Dieß will ich in dem Titel de verborum obligationibus weiter auseinander setzen.

§. 743. Wirkungen der Verträge.

Die Wirkung eines giltigen Vertrages ist, 1) daß nicht allein die Paciscenten, sondern auch ihre Erben verpflichtet werden; wofern anders der Vertrag nicht persönlich war. Nemlich ein Vertrag wird entweder auf die Person der Paciscenten eingeschränkt, oder er geht auf die Erben. Im ersten Fall heißt er *pactum in personam* oder *personale*, im letzten *pactum in rem* oder *reale*. Das pactum personale ist entweder a) auf die Person des Promittenten eingeschränkt. Z. E. ich, so lang ich lebe, will dir und deinen Erben jährlich 100 Thlr. geben; ich, so lang ich lebe, will weder von dir noch deinen Erben die Schuld fordern; oder b) auf die Person des Promissars. Z. E. du sollst lebenslang in meinem Hause den freyen Einsitz haben; oder, so lang du lebst, soll die Schuld nicht gefordert werden; oder c) auf die Person von beyden, ich z. E. verspreche, so lang ich lebe, dir die nöthigen Alimente zu geben; so lang ich lebe, und du lebst, soll die Schuld nicht gefordert werden.

Ein pactum, das nicht ausdrücklich auf die Person eingeschränkt ist, ist reale; denn es ist zu vermuthen, daß jeder Paciscent nicht nur sich, sondern auch seinen Erben einen Vortheil verschaffen wolle (*[1]). Ausnahmen kom-

men vor einmal bey der Schenkung auf den Todesfall; denn diese geht nicht auf die Erben des donatarii, zweytens, wenn man bey dem Vertrag auf die persönliche Eigenschaften des Paciscenten Rücksicht nimmt, (si personae industria electa est). Z. E. in der Societät, dem mandato u. s. w. Ein successor singularis wird durch die Verträge seines antecessoris nicht verbunden. Wird durch den Vertrag ein *ius in re* auf die Sache ertheilt, z. E. ein Servitut, so muß freylich der Nachfolger, welcher die Sache erhält, das ius in re anerkennen. Aber eine Verbindlichkeit, eine persönliche Verpflichtung des antecessoris bindet den Nachfolger nicht.

2) Fast alle ältere, auch einige neuere Juristen (*[2]) behaupten, wer ein Factum versprochen habe, könne nicht belangt werden, es zu thun, sondern der Promissarius müsse auf das Interesse klagen. Sie allegiren zur Unterstützung dieser Meynung L. 44. § fin. D. de oblig. et act. L. 13. in fin. D. de re iud. L. 68. L. 72. pr. L. 75. §. fin. D. de verb. oblig. Allein Thomasius hat in der angeführten Dissertation gezeigt, daß diese Meynung nicht nur vernunftwidrig ist; (denn warum soll ich einen nicht zur Leistung eines versprochenen Factum eben so gut, als zur Leistung einer Sache zwingen dürfen?) sondern auch, daß sie durch kein Gesetz begründet wird. Die Gesetze sagen nur, wer ein versprochenes Factum nicht leiste, sey schuldig, das Interesse zu prästiren; aber sie sagen nicht, daß der Promissarius schuldig sey, sich damit zu begnügen. Das ist übrigens nicht zu leugnen, daß, wenn der Promittent sich weigert, das versprochene Factum zu thun, es in den meisten Fällen rathsamer ist, das Interesse zu verlangen, als ihn zu dem Factum zu zwingen; denn er wird es, wenn man Zwang braucht, schwerlich recht thun; so thun, daß der Promissar Nutzen und Vergnügen davon habe. Auch ist es, weil man das Interesse selten genau bestimmen und beweisen kann, vortheilhaft, den promissorem facti zugleich eine Conventionalstrafe auf den Fall versprechen zu lassen, wenn er das Factum nicht leisten würde.

(1) Von der Distinction zwischen pactis realibus und personalibus s. *Bacchov.* ad prot. Pand. p. 597. sqq. und p. 648. sqq. *Vinn.* de pact. cap. 13. und Sammlung Römischer Gesetze (Frkfrt. und Leipz. 1785.) S. 83.

(2) Z. E. *Beyma* tract. de obligat. dandi et faciendi in opusculis p. 623. sqq. *Franzkius* ad Pand. tit. de praescript. verb. n. 63. und *Lauterbach* colleg. th. pr. eod. tit. §. 11.

§. 744. Was ist die arrha und wie vielerley?

Arrha, Angeld, Angabe, Aufgabe, Weinkauf, ist eine Sache, ein Stück Geld, das ich meinen Paciscenten zum Zeichen eines bey dem Vertrage mir zukommenden Rechtes gebe. Ich kann aber eine arrham 1) geben, ehe noch der Vertrag völlig abgeschlossen und unwiederruflich ist, und in diesem

sem Fall heißt sie *arrha pacto imperfecto data*. Z. E. an manchen Orten gilt ein Contract über liegende Güter nicht vor erfolgter Confirmation. Gesetzt, ich schließe an einem solchen Ort einen Hauskauf: und gebe, ehe noch die gerichtliche Bestätigung geschehen ist, ein Stück Geld auf den Kauf. Dieses ist eine arrha pacto imperfecto data. Denn der Kauf ist noch nicht unwiederruflich. Oder gesetzt die Partheyen machen bey einem Kaufe aus, daß jedem noch so lange freystehen soll, zurück zu gehen, bis der Contract zu Papier gebracht, mundirt, unterschrieben und untersiegelt ist; der Käufer zahlt aber dem ohngeachtet sogleich ein Stück Geld an den Verkäufer. Auch hier ist eine arrha pacto imperfecto. Die Wirkung dieser arrhae ist, daß, wenn der, welcher sie gegeben hat, von dem Contract abgehen will, er die arrham verliert; und daß im Gegentheil der andere, welcher die arrham bekommen hat, im Fall er zurück gehen will, die arrham doppelt restituiren muß.

Allein die arrha kann auch 2) gegeben werden, wenn der Vertrag völlig abgeschlossen, zu seiner Perfection gekommen ist: Jetzt heißt sie arrha pacto perfecto data. Sie ist zweyerley; entweder wird sie a) als ein Zeichen gegeben, daß die Paciscenten befugt sind, von dem Vertrag, ob er gleich zur völligen Richtigkeit gekommen ist, wieder abzugehen; oder b) zum Zeichen, daß sie dazu nicht befugt sind. Im ersten Fall heißt sie *arrha poenitentialis*, im zweyten *arrha confirmatoria*. Bey der arrha poenitentiali gilt eben das, was bey der arrha pacto imperfecto data Rechtens ist; das heißt, der Geber der arrhae kann vom Vertrage abgehen, wenn er die arrham verlieren, und der Empfänger, wenn er sie doppelt zurück geben will. Die arrha confirmatoria aber erlaubt schlechterdings weder dem einen noch dem andern vom Vertrag wieder abzugehen. Nun fragt sichs, wenn nach völlig abgeschlossenem Vertrage eine arrha gegeben wird, ist sie im Zweifel für eine poenitentialem oder für eine confirmatoriam zu halten? Ich glaube, daß die letztere zu vermuthen sey; denn es ist etwas besonderes und irreguläres, daß man von einem Vertrage wieder abgehen darf, der zur Vollkommenheit gelangt ist (*[1]).

(1) *Vinn.* ad pr. I. de emt. vendit. n. 12. *Lauterbach* Diss. de arrha §. 67. sqq. und die Schriftsteller, welche *Barth* dissens. in praxi, centur. 8. Dissens. 710. p. 296. anführt. *Walch* contr. p. 375. *Müller* ad *Leyser* obs. 424. Der gegentheiligen Meynung ist *Leyser* sp. 204. m. 1. und andere; auch *Bach* diss. de multa poenitentiali in emt. vendit. §. 4. opusc. p. 390. Doch dieser mit der Einschränkung, wenn der Contract noch nicht erfüllt ist.

§. 745. Die Verträge sind entweder pacta oder Contracte.

Nach dem Naturrecht verbindet jeder Vertrag, wenn nur a) die Paciscenten consentiren konnten, b) wirklich consentirt haben, und c) der Giltigkeit des Vertrags kein physisches oder moralisches Hinderniß im Wege steht. Die

Römische Gesetzgeber aber haben es nicht für rathsam gehalten, alle nach dem Naturrecht giltige Verträge auch im Staate für obligatorisch zu erklären; weil auf diese Weise ein Bürger zu leicht übereilt werden könnte (* 1). Sie billigen es nicht, wenn jemand einen Vertrag nicht halten will. Aber sie glauben doch, daß es auf der andern Seite schädliche Folgen habe, wenn man aus jedem Vertrag, der nach dem Naturrecht gilt, auch in der Republik eine Klage verstatte, weil nicht bey allen Verträgen ein ernstlicher und überlegter Wille der Paciscenten statt finde. Hieraus entsteht die im Römischen Recht so wichtige Distinction zwischen Contracten und pactis (S. die 50 Tabelle.)

(1) Noch andere Ursachen führt *Bynkershoek* diss. de pactis strictis iur. contract. adject. cap. 1. in opusc. Halens. pag. 94. an. S. auch *Guil. Best.* orat. de pactorum et contractuum sec. ius gent. et rom. natura et aequitate, bey dessen Buche ratio emendandi leges, (Leipz. 1745.) im Anhang S. 69. u. f. f.

§. 746. Was ist ein Contract, was ein pactum?

Ein Vertrag nemlich, welcher nach den alten und allgemeinen Gesetzen giltig ist, conventio ex regulis generalibus iuris civilis obligatoria, (* 1) heißt *contractus*; ein jeder anderer *pactum*. Jeder Vertrag kann nemlich nach den alten Gesetzen 1) obligatorisch und zu einem Contract gemacht werden, wenn man ihn in feyerliche Worte, in eine Formel einkleidet. Denn wenn dieß geschieht, so haben die Paciscenten Zeit genug, alles reiflich zu überlegen: keiner kann also sagen, daß er übereilt worden sey. Man kann aber auch 2) jeden Vertrag dadurch verbindlich machen, wenn einer der Paciscenten ihn erfüllt. Denn auch dieses giebt zu erkennen, daß es dem Paciscenten ein wahrer Ernst gewesen sey. Wer wird einen Vertrag erfüllen, bey dem es ihm kein Ernst ist? Endlich 3) giebt es vier Verträge, welche die alte Römische Gesetzgeber für obligatorisch, für Contracte erklärt haben, wenn nur die Erfordernisse beobachtet sind, welche das Naturrecht verlangt. Diese sind emtio venditio, locatio conductio, societas, mandatum, und nach den neuern Gesetzen ist noch ein fünfter dazu gekommen: emphyteusis. Die Gesetzgeber glaubten, es sey nicht thunlich, bey diesen Contracten jedesmal eine Formel zu brauchen, oder sie sogleich zu erfüllen. Demnach giebt es dreyerley Contrace: 1) *formularios* oder *stricti iuris*, die durch feyerliche Worte eingegangen werden; 2) *reales*, welche von einem der Contrahenten erfüllt, und dadurch zu Contracten geworden sind; 3) *consensuales*, welche nichts als die Erfordernisse des Naturrechts, die giltige Einwilligung beyder Theile nöthig haben.

(1) *Galvanus* de usufr. cap. 17. *Noodt* de pact. et tract. cap. 9.

§. 747. Verschiedene Gattungen des pacti.

Die pacta producirten zwar nach den alten und allgemeinen Gesetzen keine

Klage

Klage. Ex nudo pacto, ſagt Paulus, inter cives romanos actio non naſcitur (*1). Aber in den neueren Zeiten wurde einigen die verbindliche Kraft beygelegt, ohne daß ſie doch deswegen in die Zahl der Contracte übergiengen. Sie blieben pacta, und producirten dennoch eine Klage. Dieſe werden *pacta non nuda*, oder *iuſta*, oder auch bey den Neuern *veſtita* genennt; alle andere aber, die keine Klage produciren, heiſſen *pacta nuda*. Ob dieſe Benennung übrigens dem Redegebrauch der Römiſchen Juriſten gemäß ſind, iſt noch ſehr zweifelhaft. Cujacius, Wachendorf (*2) und andere behaupten, daß bey den Römern alle pacta ſeyen nuda genennt worden. Nur die Contracte hätten pacta non nuda, conventiones non nudae geheiſſen. So viel iſt aber gewiß, daß die Diſtinction ſelbſt im Römiſchen Recht gegründet iſt.

Die non nuda ſind dreyerley. Nemlich a) einige pacta wurden durch neue Geſetze namentlich beſtätigt; dieſe heiſſen *pacta legitima*. Andern b) verſprach der Prätor Unterſtützung und Beyſtand. Dieß ſind die *pacta praetoria*. Endlich c) wurde eingeführt, daß ein jedes pactum obligatoriſch ſeyn ſollte, wenn es einem bonae fidei-Contracte, (das heißt einem Contract, der nicht durch feyerliche Worte geſchloſſen wird) ſogleich als eine Clauſel angehängt würde. Ein ſolches pactum heißt *adiectum* (*3). Z. E. die Ehepacten und die Schenkung ſind in neueren Geſetzen für giltig, aber doch nicht für Contracte erklärt worden; ſie ſind alſo pacta legitima. Wenn ich einer Stadt Zinſen verſpreche; wenn ich mir ein nauticum foenus (*4) bedinge; wenn ich einem Getraide darleihe, und mir Zinſen davon verſprechen laſſe: ſo ſind alle dieſe Verträge obligatoriſch; und pacta legitima. Pacta praetoria hingegen ſind die Hypothek; das conſtitutum; (§. 846.) und das pactum de iureiurando; wenn jemand eine Forderung an mich macht, ich ihm erkläre, daß ich ihn bezahlen wolle, wenn er die Forderung beſchwören würde, und er ſie wirklich beſchwört. Denn nun kann er mich belangen. Endlich pacta adiecta ſind z. E. das pactum de retrovendendo, wenn ich einem etwas verkaufe, und mir den Wiederkauf ausbedinge, und andere Verträge, die im §. 873. beſchrieben ſind. Auch ein wichtiges pactum adiectum bey den Römern war das *pactum fiduciae*. Es war ein Vertrag, da ich einem eine Sache feyerlich verkaufte und tradirte; aber mit dem Beding, daß er ſie mir wieder verkaufen und tradiren ſollte. Man ſchloß es z. E. bey der Emancipation, (§. 157.) auch in vielen andern Fällen, die Conradi beſchreibt (*5).

Noch bemerke man: 1) ein pactum nudum producirte zwar keine Klage; aber der Prätor verſprach doch eine Exception daraus zu geſtatten. Wenn ich einem alſo eine Schuld durch ein pactum nudum erlaſſen habe, und ihn gleichwohl darauf belange: ſo kann er mir exceptionem pacti entgegen ſetzen. 2) In Deutſchland ſind vermöge uralter Grundſätze alle Verträge obligatoriſch, wenn

ſie

sie nur die Erfordernisse haben, welche §. 734. 735. 736. und 737. beschrieben worden, und wenn sie nicht durch ein besonderes Römisches oder Deutsches Gesetz verboten, und für ungiltig erklärt worden sind (* 6). So gelten z. E. auch bey uns die Schenkungen unter Ehegatten nicht; nicht das pactum de quota litis; (* 7) nicht das Spielpactum, wenn man um Geld spielt (* 8); in gewisser Maaße nicht der Verkauf der Früchte auf dem Halm, (§. 866. und andere. Allein man schließe daraus nicht, daß es unnöthig sey, das Römische System von den Contracten und pactis zu wissen. Denn ohne Kenntniß dieses Systems ist es unmöglich, das Römische Rechtsbuch zu verstehen, und die Klage richtig zu benennen, die aus einem Vertrage anzustellen ist.

(1) *Paullus* sentent. lib. 2. tit. 14. S. *Vinn.* tract. de pact. cap. 6.
(2) *Cuiacius* obs. lib. 11. cap. 17. et ad L. 1. D. de pact. *Wachendorf* diss. de pactis nudis, in diss. triad. p. 389. Das Gegentheil vertheidigen *Bachov.* ad prota Pand. p. 564. *Vinnius* tract. de dactis, cap. 5. §. 5.
(3) Die Römische Lehre von den pactis adjectis ist auseinander gesetzt in der §. 743. angeführten Sammlung der Römischen Gesetze, S. 22. u. f. f.
(4) Wenn ich einem Geld vorschiesse, das über die See oder durch Landgegenden, wo es leicht verlohren gehen kann, geschickt werden soll, und die Gefahr auf mich nehme, mir aber dagegen höhere Zinsen, als gewöhnlich, versprechen lasse, so heissen diese nauticum foenus.
(5) S. auch *Hellfeld* diss. de hypotheca mobilium, cap. 2. §. 7. sqq. in opusc. p. 154. und *Eisleben* princip. de iure pignor. et hypothecarum, pag. 17. sqq.
(6) *Bruckner* diss. de vi pactor. nudor. hodierna, eiusque vero fundamento, Ien. 1721. *Bastinelles* diss. de actione ex quocunque pacto moribus data. Viteb. 1718. Hauptsächlich aber *Hamberger* diss. de non usu stipulationum usuque pactorum in foris Germaniae, in opusc. num. 3.
(7) Wenn man einem Advocaten verspricht, daß er als Interessent im Proceß angesehen werden, und partem quotam vom Gewinnst haben soll; auch wenn man ihm auf den Fall, daß er den Proceß gewinnen wird, eine gewisse Summe (palmarium) verspricht. Strube rechtl. Bed. 1. Band 104. Bed.
(8) Ich kann einen, welcher Geld an mich verspielt hat, nicht darauf belangen. Strube am a. O. 4. Band, 131. Bed. 5. Band, 9. Bed. Ob man aber auch das was man verlohren und bezahlt hat, zurück fordern könne, ist sehr bestritten. Bey unmäßigen Summen hat die Condiction allerdings statt. *Leyser* sp. 126. med. 3.

§. 748. Was sind Quasicontracte?

Die Contracte werden in wahre und Quasicontracte eingetheilt. Unter den Quasicontracten versteht man facta, wodurch jemand auf dieselbe Weise verpflichtet wird, als ob er contrahirt hätte; z. E. wenn ich die Vormundschaft über einen Unmündigen oder Minderjährigen führe: so bin ich verbunden, sein Vermögen treu und ordentlich zu verwalten, und er ist schuldig, mir meine Auslagen für ihn zu ersetzen, eben so als ob ich mit ihm darüber con-

contrahirt hätte. Daher rechnet man die Vormundschaft unter die Quasicontracte. In einem eigenen Titel, dem 28ten dieses Buches, wird die Lehre von den Quasicontracten ausführlich vorgetragen werden.

§. 749. Die wahre Contracte sind entweder benannte oder unbenannte.

Die wahre Contracte produciren entweder eine ihnen eigene und von ihnen benannte Klage, (actionem propriam et cognominem) oder nur eine allgemeine, die mehreren gemeinschaftlich ist; die actionem praescriptis verbis. Jene heissen benannte, diese aber unbenannte Contracte (* 1). Z. E. aus dem Darlehn (mutuo) entsteht eine Klage, welche diesem Contract eigen ist, und condictio certi ex mutuo heißt; aus dem commodato entsteht actio commodati directa und contraria, die ebenfalls dem commodato ganz allein eigen ist. Diese Contracte sind also benannte. Hingegen aus dem Tauschcontract entsteht die actio praescriptis verbis. Sie ist dem Tausch nicht eigen, denn sie entsteht aus allen unbenannten Contracten; sie hat auch ihren Namen nicht vom Tausche; daher ist dieser Contract ein unbenannter. Also der Grund dieser Distinction liegt nicht im Namen des Contracts; ein Contract kann einen Namen haben, und doch innominatus heissen. Sondern er liegt in der Art der Klage, welche aus dem Contract entsteht (* 2).

Die contractus innominati werden in vier Classen abgetheilt: 1) *do ut des*, wenn ich einem eine Sache gebe, damit er mir eine andere dafür geben soll: z. E. ein Pferd für ein paar Ochsen. 2) *Do ut facias*, ich gebe eine Sache, der andere soll mir dagegen ein Factum leisten. Z. E. ich gebe dem Gärtner ein Malter Korn, daß er mir meinen Garten bestelle. 3) *Facio ut des*, ich leiste zuerst das Factum, in der Absicht, daß mir der andere die Sache geben soll. Z. E. der Gärtner bestellt zuerst den Garten, um nachher das Getraide dafür zu erhalten. 4) *Facio ut facias*, ich leiste dir ein Factum, damit du mir ein anderes dagegen leistest; z. E. ich mache dir einen Appellationslibell, daß du mir ein Portrait dafür mahlest.

Die Anmerkung sagt; alle contractus formularii und consensuales sind genannte; das heißt, jeder producirt seine eigne und von ihm benannte Klage. Der im neuen Römischen Recht noch beybehaltene einzige contractus formularius ist die Stipulation; (tit. 16.) dieser aber producirt seine eigne Klage, actionem ex stipulatu. Die Consensualcontracte sind: emtio, locatio, societas, mandatum, emphyteusis. Auch von diesen hat jeder seine eigenthümliche und von ihm benannte Klage. Die emtio producirt actionem emti et venditi; die locatio, actionem locati et conducti; die societas, actionem pro socio; die emphyteusis, actionem emphyteuticariam. Nur die Realcontracte werden in genannte und ungenannte abgetheilt. Benannte sind mutuum, commodatum,

depositum, pignus; alle andere Realcontracte sind unbenannte. Ich will dieses noch mehr in 763. §. aufklären.

(1) Namentlich kommt diese Eintheilung in unsern Gesetzbüchern nicht vor. Indessen sagt Julian in der L. 3. de praescript. verb. es gäbe Contracte, quorum appellationes nullo iure civili proditae sunt. In der L. 9. pr. de reb. cred. nennt Ulpian die benannte Contracte *certos*, die unbenannte *incertos*. Von den unbenannten ist es auch zu verstehen, wenn er in der L. 7. §. 2. de pact. sagt: sed et si in *alium contractum* res non transeat, subsit tamen causa. Aristo respondit, esse obligationem, d. i. wenn indessen die Convention kein benannter Contract ist, und doch einen rechtlichen Grund hat, zu dem Versprechen nemlich noch datio aut factum hinzugekommen ist: so ist sie verbindlich. Sammlung Römischer Gesetze S. 16.

(2) *Kemmerich* progr. de origine contractuum nominatorum et innominatorum, p. 12. sqq.

§. 750. Die Contracte sind entweder einseitig oder zweyseitig.

In einigen Contracten ist jeder der Contrahenten verbunden, etwas zu leisten, zu geben oder zu thun; in andern Contracten aber ist nur der eine Theil zu einer Prästation verpflichtet, der andere nicht. Jene heissen einseitige, (*unilaterales* oder *simplices*) diese zweyseitige (*bilaterales* oder *duplices* oder *reciproci*) (* 1). Unilaterales sind das Darlehn, die Stipulation, die Bürgschaft, die Litteralcontracte und die ungenannte Contracte. Wenn ich einem ein Darlehn gebe: so ist er mir zur Restitution verbunden, ich zu nichts. Die Stipulation ist ebenfalls einseitig, ich verspreche dem andern etwas durch Frage und Antwort, er mir nichts. Der Bürge verspricht für den Gläubiger zu haften, ihm wird im Bürgschaftscontract nichts versprochen. (§. 805.) Im Litteralcontract wird allein der Aussteller der Handschrift verbunden, der Gegentheil nicht. In den ungenannten Contracten gebe oder thue ich dem andern etwas, und er verspricht mir dagegen etwas zu geben oder zu thun. Also er allein verspricht etwas.

Die Bilateralcontracte sind entweder *aequales* oder *inaequales*. Wenn jeder Contrahent gleich anfangs aus dem Contract verbunden wird: so heißt er *bilateralis aequalis*; wenn hingegen nur der Eine von Anfang, der andere erst nachher, zuweilen und zufälliger Weise verbunden wird: so heißt er *bilateralis inaequalis*. Z. E. wenn ich einen Kauf schliesse, so werde ich gleich anfangs verbunden, den Kaufschilling zu bezahlen, und der Verkäufer wird gleich anfangs verpflichtet, mir die Waare zu tradiren. Also der Kauf ist ein contractus bilateralis aequalis. Wenn ich hingegen eine Sache bey jemand deponire, so ist er gleich von Anfang verbunden, mir die Sache wieder zu restituiren, so bald ich sie verlange; ich bin anfänglich zu nichts verpflichtet. Erst in der Folge kann ich durch zufällige Umstände eine Verpflichtung bekom-

bekommen. Wenn nemlich der Depositar Kosten oder Schaden von dem Depositum hat: so bin ich verbunden, sie ihm zu ersetzen; das depositum ist also ein contractus bilateralis inaequalis.

Die Unilateralcontracte bringen daher nur eine einzige Klage hervor; das mutuum die condictionem certi ex mutuo; die Stipulation actionem ex stipulatu; die litterarum obligatio condictionem ex chirographo; die unbenannte Contracte actionem praescriptis verbis. Die bilaterales produciren zwey Klagen, und zwar mit dem Unterschiede: aus den bilateralibus aequalibus entstehen zwey *directae* actiones; aus den bilateralibus inaequalibus entsteht eine *actio directa* und eine *contraria*. Z. E. aus dem Kaufcontract entsteht actio emti und actio venditi, beyde sind actiones directae. Hingegen aus dem depositо entstehen zwar auch zwey Klagen, aber nur die Eine ist eine actio directa, die andere ist contraria.

Um dieses ganz zu verstehen, bemerke man: eine Klage, welche gleich anfangs aus dem Wesen eines Contracts entspringt, heißt *directa*; eine solche aber, die erst nachher zufälliger Weise daraus entsteht, heißt *contraria*. Da nun in den contractibus bilateralibus aequalibus beyde Theile gleich anfangs verbunden werden: so müssen auch zwey actiones directae aus diesen Contracten entstehen. Hingegen aus einem contractu bilaterali inaequali wird nur der Eine Theil von Anfang verbunden; der andere zuweilen in der Folge, zufälliger Weise. Daher entsteht aus diesen Contracten nur Eine actio directa, und zuweilen noch eine contraria. Von den actionibus contrariis gilt der allgemeine Satz: sie zwecken sämmtlich auf eine Schadloshaltung ab. Z. E. wenn der depositarius bey dem depositо, der commodatarius bey dem commodato, der Pfandgläubiger bey dem Pfand Auslagen, Kosten, Schaden gehabt haben: so stellen sie actionem depositi, commodati, pignoratitiam contrariam an.

(1) *Freher* in parerg. lib. 1. cap. 16. in *Otton.* thesaur. tom. 1. pag. 882. und *Gottfr. Bahrt* diss. de negatione contractuum unilateralium, in diss. iuridicis p. 623. sqq. verwerfen diese Eintheilung und behaupten, daß alle Contracte bilateral seyen, allein ohne Grund.

§. 751. Ferner entweder stricti iuris oder bonae fidei.

Ein contractus stricti iuris heißt der, in welchem die Contrahenten blos dazu verbunden sind, was sie einander ausdrücklich und wörtlich versprochen haben; bonae fidei contractus aber sind die, wo ein Contrahent auch dazu verbunden ist, was er nicht ausdrücklich versprochen, was man im Contract anzuführen unterlassen hat, weil es sonst gewöhnlich in dieser Art von Contracten prästirt wird, und man daher die Anführung für überflüssig hält. Stricti iuris Contracte waren nur diejenige, welche durch eine Formel, durch sollenne

Worte geschlossen wurden, contractus bonae fidei aber alle andere. Daher waren die stipulatio und literarum obligatio contractus stricti iuris; denn beyde wurden durch Formeln eingegangen. Hingegen das mutuum, wenigstens nach der richtigern Meynung (* 1), commodatum, depositum, pignus, emtio, locatio, mandatum, societas waren contractus bonae fidei. Denn keiner dieser Contracte wurde durch feyerliche Worte geschlossen.

Die Distinction zwischen stricti iuris und bonae fidei Contracten, war übrigens sehr wichtig und folgenreich. Denn 1) war man in den stricti iuris Contracten keine Zinsen zu zahlen schuldig, ausser wenn man desgleichen ausdrücklich versprochen hatte; in den bonae fidei Contracten hingegen mußte man Zinsen bezahlen, so bald man in mora war. (§. 755.) 2) Die contractus stricti iuris sind giltig, wenn sie gleich durch Betrug des einen Contrahenten veranlaßt worden sind; und wenn der Betrogene den Contract nicht halten will: so muß er restitutionem in integrum dagegen suchen. Hingegen die contractus bonae fidei sind null und nichtig, wenn ein dolus dazu Anlaß gegeben hat. (§. 1007.) 3) Wenn mir mein Gläubiger etwas durch einen bonae fidei Contract schuldig wurde: so hob sich die wechselsweise Schuld ipso iure. Hingegen in den stricti iuris Contracten geschah dieses nicht. Wenn der Gläubiger aus seiner Forderung klagte, mußte ich ihn mit der exceptione doli abweisen. Diesen Unterschied hat übrigens Justinian schon aufgehoben.

Nach Justinianeischem Recht giebt es nur einen einzigen stricti iuris Contract, die Stipulation; und da wir heutigestages keine Stipulationen haben: so sind nach der richtigern Meynung alle Contracte bonae fidei, wir haben keine contractus stricti iuris mehr (* 2).

(1) *Iust. Henn. Boehmer* diss. de fundamento usurarum pecuniae mutuaticiae, §. 8. in exerc. ad Pand. vol. 4. p. 101. sqq. *Ayrer* diss. de arbitrio iudicis circa usuras pecuniae mutuaticiae, §. 16. Meiers Gedanken von der Rechtmässigkeit des sechsten Zinsthalers, S. 124.

(2) Daß nicht alle Rechtsgelehrte dieß zugeben, ist unten, §. 135. angemerkt.

§. 752. Die Contracte sind entweder principale oder accessorische.

Wenn ein Contract voraussetzt, daß schon eine Verbindlichkeit vorhanden sey, und zur Bestärkung derselben eingegangen wird: so heißt er contractus accessorius, jeder andere aber heißt principalis. Das Römische Recht hat zwey accessorische Contracte, den Pfandcontract und die Bürgschaft. Beyde supponiren, daß mir Jemand zu etwas verbunden ist; um diese Forderung zu sichern, lasse ich mir ein Pfand geben, oder einen Bürgen bestellen.

§. 753. Lehre vom Schaden.

Sehr oft geben die Contracte Gelegenheit, daß Jemand auf Schadensersetzung

ersetzung klagt; daher wird hier die Lehre vom Schaden und seinen verschiedenen Gattungen vorgetragen. Auch durch *delicta* und *quasi delicta* wird einem Schaden gethan, nicht blos in Contracten; weil aber die Materie von den einzelnen Contracten nicht wohl deutlich gemacht werden kann, ehe man weiß, was und wie vielerley der Schaden ist: so hat unser Autor die Sache hier abgehandelt.

§. 754. Was ist der Schade und wie vielerley?

Schade, *dammum* ist der Verlust eines Gutes, eines Vortheils, einer Vollkommenheit. So vielerley also die Güter sind, die man verlieren kann, so vielerley ist der Schade, in Rücksicht auf den Gegenstand. (S. die 51. Tabelle). Man kann Schaden leiden an seiner Gesundheit, seinem guten Namen, seinem Vermögen u. s. w. Ist das Gut, welches ich verliere, schon wirklich mein, und in meinem Besitz gewesen: so heißt der Schade *dammum positivum*. Wenn ich aber einen Vortheil erst zu erhalten hoffte, und mir diese Hofnung vereitelt wird: so heißt es *dammum privativum*, oder *lucrum cessans*. Z. E. wer mir etwas vom Meinigen stiehlt, fügt mir einen positiven Schaden zu; wer aber einen Testator beredet, mich nicht zum Erben einzusetzen, der schadet mir privative (*[1]).

In Absicht der wirkenden Ursache wird mir der Schade entweder durch die freye Handlung des andern zugefügt, oder nicht. Im letztern Fall heißt er ein zufälliger Schade, *dammum casuale* (*[2]). Dergleichen ist z. E. der Schade, der mir durch ein Gewitter, durch Hagel, durch Ueberschwemmung zugefügt wird. Aber im ersten Fall ist die Handlung des andern entweder gerecht, oder ungerecht. Ist sie gerecht, so heißt der Schade *dammum indirectum*, *dammum in consequentiam veniens*. Z. E. wenn mir ein Nachbar durch einen aufgeführten Bau meine Fenster verdunkelt, so ist diese Handlung, wofern ich keine servitutem luminum habe, erlaubt. Der Schade also, der mir zugefügt wird, ist ein indirecter.

Wenn aber die Handlung ungerecht ist: so geschieht sie entweder in der Absicht, mir zu schaden, oder aus Nachlässigkeit. Ist jenes, so heißt es damnum *dolosum*; ist dieses: damnum *culposum*. Nemlich *dolus* ist der Vorsatz einem zu schaden (*[3]); *culpa* die Unterlassung der gebührenden Aufmerksamkeit; *casus* eine Begebenheit, die man nicht abwenden kann (*[4]). Dieser ist entweder *merus* oder *mixtus*. Casus *mixtus* heißt der, bey welchem eine Nachlässigkeit concurrirt; merus, mit welchem dergleichen nicht verbunden ist. Wenn man nemlich die Folgen des casus, den dadurch verursachten Schaden durch menschliche Klugheit hätte abwenden können, und es unterläßt, so heißt er casus mixtus. Z. E. wenn vor fünfzig Jahren das Gewitter

einschlug, und ein Haus anzündete: so war es ein casus merus. Aber wenn dieß heutigestags geschieht: so ist es ein casus mixtus, denn es ist Nachlässigkeit, daß man keinen Gewitterableiter angebracht hat. Man kann nicht verhindern, daß der Blitzstrahl auf das Gebäude fällt, dieß ist casus. Aber man kann ihn durch den Ableiter so leiten, daß er dem Gebäude keinen Schaden thut. Unterläßt man es, so ist man in culpa.

(1) *Paul. Wilh. Schmidt* diss. de lucro cessante et damno emergente, §. 4. sqq.
(2) Den Begriff des casus fortuiti bestimmt näher *Averan.* interpret. lib. 2. cap. 26.
(3) Im 1007. §. will ich diesen Begriff noch weiter entwickeln.
(4) In den Gesetzen heißt der casus auch *factum*, *fortuna*, *casus maior*, *vis maior*.

§. 755. Was ist die mora?

Saumseligkeit, Verzug, *mora*, *frustratio*, *cessatio*, *dilatio*, ist der straffällige Aufschub einer schuldigen Handlung. Wenn ich z. E. auf die Ostermesse 1783. die Summe von 1000 Thaler bezahlen soll, und es ohne hinlängliche Ursachen unterlasse: so bin ich straffällig, so bin ich in mora. Die mora hat zuweilen ihren Grund in dem **bösen Willen** des Saumseligen, er will nicht zu rechter Zeit thun, was er thun sollte; zuweilen in einer **Nachlässigkeit**, er vergißt es zu thun. Wo keins von beyden statt findet, z. E. wenn der Richter auf das Geld, welches ich schuldig bin, einen Arrest legt (* 1): da ist auch keine mora.

Sie ist entweder *mora praestandi* s. *solvendi* oder *mora accipiendi*. S. die 52. Tabelle. Wenn der Schuldner nicht zur rechten Zeit giebt oder thut, was er geben oder thun sollte: so ist es mora solvendi. Wenn hingegen der Gläubiger nicht annimmt, was ihm der Schuldner zu leisten bereit ist: so heißt es mora accipiendi.

Die mora solvendi fängt an, wenn das Gesetz, oder der Tag, oder der Gläubiger den Schuldner interpellirt; das heißt, wenn das Gesetz eine Zahlungsfrist bestimmt: so ist der Schuldner in mora, sobald diese Frist ohne Zahlung verstrichen ist; z. E. wenn das Gesetz sagt, ein Studierender, der sich zu einer academischen Lehrstunde aufschreibt, soll binnen vier Wochen nach dem Anfang des Collegiums pränumeriren: so ist jeder in mora, der binnen dieser Frist nicht bezahlt. Ist in dem Vertrag ein Zahlungstermin festgesetzt: so fängt die mora an, wenn dieser Termin verflossen ist, ohne daß der Gläubiger den Schuldner zu mahnen nöthig hat (dies interpellat pro homine). Ist aber weder im Gesetz noch im Vertrag eine solche Frist festgesetzt: so fängt die mora nicht eher an, als bis der Gläubiger den Schuldner mahnt (debitor interpellandus est).

Die

Die mora des Gläubigers fängt, im Fall er eine unbewegliche Sache zu fordern hat, an, wenn der Schuldner dem Gläubiger mit Worten mündlich oder schriftlich bekannt macht, daß er zur Uebergabe der Sache bereit sey, und sie alsdann derelinquiret. Bin ich aber eine bewegliche Sache schuldig: so fängt sich erst die mora alsdenn an, wenn ich die Sache wirklich zu dem Gläubiger bringe, oder bringen lasse, um sie zu tradiren; er die Annahme verweigert, und ich sie alsdann im Gericht oder an einem andern sichern Ort deponire. (§. 983.)-

(1) *Pufendorf* tom. 3. obs. 170.

§. 756. Wenn wird dolus und culpa prästirt?

Dolum prästiren heißt einem den Schaden ersetzen, den man ihm vorsetzlich zugefügt hat: und *culpam* prästiren, den Schaden, welchen man aus Nachlässigkeit verursacht hat, vergüten. Wenn die Frage entsteht, in wie weit dolus und culpa zu prästiren sind: so hat man folgende Regeln zu bemerken: 1) dolus wird in allen Contracten prästirt. Jeden Schaden, den ein Contrahent dem andern vorsetzlich zufügt, muß er ersetzen. Kann aber dieß nicht durch einen ausdrücklichen Vertrag abgeändert werden? Man distinguire: wenn mich einer betrogen hat, ich ihm erkläre, daß ich keine Schadenserfetzung fordern würde, und er diese Erklärung acceptirt: so ist der Vertrag giltig (de dolo praeterito pactio valet). Wenn ich aber mit einem das pactum schliessen wollte, daß er mich, oder ich ihn in Zukunft ungestraft solle betrügen dürfen: so würde es ungiltig seyn; denn es wäre ein schändliches Pactum (de dolo futuro paciſci non licet). 2) In einigen Contracten zieht der dolus die Strafe der Ehrlosigkeit nach sich. Dieß geschieht nicht in allen Contracten, sondern nur in den vier sogenannten Freundscontracten; (*contractibus amicorum*) in dem depoſito, der Societät, dem mandato und der Tutel. Diese Contracte schließt man nur mit solchen Personen, welche man für ehrlich und für seine Freunde hält. Ein solches Zutrauen aber zu täuschen, halten die Gesetzgeber für äusserst schändlich, und setzen deswegen die besagte Strafe darauf.

Viele Rechtsgelehrte behaupten, daß auch die äusserste Nachlässigkeit in diesen Contracten die Strafe der Infamie nach sich ziehe (*[1]). Aber andere behaupten mit besserem Grund, daß wo die Rede von einer Strafe sey, dolus und culpa lata nicht einerley Wirkungen hätten; folglich auch culpa lata die Strafe der Infamie nicht verdiene (*[2]).

Die Note des §. sagt: in depoſito wird nur der depoſitarius, nicht der deponens um eines Betrugs willen infam. Denn man giebt nur dem ein depoſitum, auf den man ein vorzügliches Vertrauen setzt. Aber man nimmt depo-

depoſita von Leuten, ohne daß man gerade ein beſonderes Vertrauen gegen ſie hegte. Alſo nur der Depoſitar täuſcht durch Betrug ein in ihn geſetztes Vertrauen, nicht der deponens. In der Tutel wird nur der Vormund ehrlos, wenn er betrüglich handelt; der Pupill, wenn er gleich auf dieſe Weiſe handelt, nicht. Die Urſache iſt die eben angeführte. Man giebt einem die Vormundſchaft, weil man zu ſeiner Rechtſchaffenheit ein beſonderes Zutrauen hat; aber man wird darum nicht Vormund über einen Pupillen, weil man ein ſolches Vertrauen auf ihn ſetzt. Alſo nur auf Seiten des Vormundes iſt der dolus ein Mißbrauch des Zutrauens, nicht auf Seiten des Pflegbefohlenen.

3) Nicht in allen Fällen wird einerley culpa präſtiret; in aliis contractibus *venit* culpa lata, in aliis levis etc. oder alii contractus *recipiunt* culpam latam, alii levem u. ſ. w. wie die Römiſche Juriſten ſagen; zuweilen muß man ſchon für eine geringe Nachläſſigkeit haften, zuweilen aber erſetzt man nur den Schaden, welchen man dem andern durch große Nachläſſigkeit zugefügt hat.

(1) Z. E. *Donell.* comment. lib. 18. cap. 8. p. 161. *Perez* ad Cod. tit. ex quib. cauſ. infam. num. 5. *Bachov.* ad *Weſenbec.* tit. de his qui not. inf. n. 4. *Voet.* ad Pand. tit. eod. n. 4. *Cocceii* iur. controv. eod. tit. qu. 2. et 4.

(2) *Merill.* lib. fing. diff. iur. cap. 12. *Struv.* Ex. 7. th. 18. ibique *Müller.* *Lauterbach* coll. th. pr. tit. de his qui not. inf. §. 8. *Hahn* ad *Weſenbec.* ibid. num. 3.

§. 757. 758. Grade der Nachläſſigkeit.

Die culpa nemlich iſt entweder *lata*, oder *levis*, oder *leviſſima*, grobes, oder mäßiges oder geringes Verſehen (* 1). Unſer Autor theilt, um dieſe Grade zu erklären, die Menſchen nach ihren verſchiedenen Sitten in drey Claſſen ein, und bringt gar ſchöne poetiſche Phraſeologien dabey an. Ich glaube, daß dieß ganz unnöthig iſt, und daß man mit andern die Sache viel kürzer alſo vorſtellen kann. Eine auſſerordentlich große Nachläſſigkeit, welche nur die unbeſonnenſte Menſchen zu begehen fähig ſind, heißt ein grobes Verſehen, culpa lata. Eine minder große Fahrläſſigkeit, wenn nemlich Jemand die Attention unterläßt, welche ordentliche Menſchen gewöhnlich anwenden, heißt ein mäßiges Verſehen, culpa levis; und das allergeringſte Verſehen culpa leviſſima. Alſo dieſe letzte Art von culpa iſt allemal vorhanden, wenn der Schade nicht durch einen unvermeidlichen Unglücksfall geſchehen iſt (* 2). Wer z. E. im Wirthshaus aus ſeinem Zimmer geht, und die Thüre nicht verſchließt; wer mit einem brennenden unverwahrten Licht auf einen Heuboden geht, wer ein Faß mit Schießpulver nahe an ein Camin ſtellt; wer ein kleines Kind allein auf ein wildes Pferd ſetzt, u. d. gl. der begeht culpam latam. Wenn ich in meinem eigenen Hauſe, worinn niemand als ich mit meiner Familie

milie wohne, mein Wohnzimmer nicht verschließe; wenn ich mit einer nicht aufs Beste verwahrten Laterne den Heuboden besteige: so ist es culpa levis. Auch war es offenbar eine culpa von diesem Grad, wo nicht lata, als einer bey hellem Tag nahe an einem Dorf eine Bewegung in einem Busche sah, ohne zu untersuchen, was es wäre, darauf schoß, und ein Kind gefährlich verwundete.

Dieß ist die gemeine, und wie ich glaube, auch gesetzmässige Lehre von den Graden der Nachlässigkeit. Indessen giebt es auch hier Heterodoxen, deren einige (* 3) den Unterschied zwischen der culpa levi und leviſſima verwerfen, andere (* 4) zwischen culpa lata, latiori und latiſſima, noch andere (* 5) zwischen culpa und negligentia, oder zwischen culpa verſutiae und culpa negligentiae distinguirt wissen wollen (* 6).

Die Anmerkung zum §. theilt die culpam levem ein, in culpam levem *in abſtracto* und *in concreto* (* 7). Nemlich culpa levis in abstracto ist die vorhin beschriebene. Wenn ich aber die Aufmerksamkeit unterlasse, welche ich sonst gewöhnlich anwende: so heißt es culpa levis in concreto. Bin ich also gewöhnlich in hohem Grad nachlässig, so kann etwas bey mir culpa levis in concreto seyn, was bey andern culpa lata wäre. Hingegen kann bey einem sonst sehr ordentlichen behutsamen Menschen etwas culpa levis in concreto seyn, was bey andern nur culpa leviſſima wäre. Culpa levis in concreto wird in der Societät und communione incidente, (§. 912.) desgleichen von dem Ehemann in Ansehung des Heyrathguts geleistet (* 8).

(1) L. 5. §. 2. De commod. L. 23. D. de R. I. L. 47. §. 5. de legat. I. L. 19. C. de pignor. Daß die Gesetzgeber drey Grade machten, war sehr vernünftig, denn, wie *Otto* diſſ. de praeſtat. caſ. ſolit. etc. cap. I. §. II. sagt: omnium rerum, quae gradus habent, quos iuxta ἀκρίβειαν mathematicam dimetiri non licet, tres gradus conſtituendi ſunt, duo extremi et tertius, qui inter utrumque ſit; ſin plures facias, difficultates erunt infinitae, nec ubi alter incipiat, alter deſinat, definire licebit.

(2) Strube rechtl. Bed. 5. Th. 83. Seite.

(3) *Donell.* commentar. iur civ. lib. 16. cap. 7. *Struv.* Ex. 19. th. 41. et in deciſ. Sabbath. cap. 5. 7. 8. II. 12. 17. nec non in diſſ. de dolo, culpa et caſu th. 44. doch geht Struv nicht so weit als Donellus. Denn dieser glaubt, daß culpa levis und leviſſima bloß den Worten nach verschieden seyen; Struv aber behauptet nur, daß in allen Contracten, wo culpa levis zu leisten sey, auch leviſſima geleistet werden müsse.

(4) *Bartolus* ad L. 32. D. depoſ.

(5) *Henr. Cocceii* in collationibus iurid. ad *Struvium* collat. 10. et in hypomnem. ad inſtit. h. t. n. 10.

(6) Nothwendig muß man hierbey wissen, daß die Römischen Juristen nicht immer die Namen culpa lata, levis und leviſſima, sondern oft auch andere brauchen; daß sie sich auch oft unbestimmt ausdrücken, und endlich in ihrem Rede-

gebrauch nicht übereinstimmend sind. Wo *culpa* allein steht, da ist zuweilen jede Gattung gemeynt, §. 6. I. de susp. tut. (§. 254.) L. 30. §. 3. in fin. ad L. Aquil. meistens *levis*. L. 5. §. 2. commod. L. 23. de R. I. zuweilen *leviſſima*. L. 16. de condict. furt. L. 8. §. 3. de precar. Culpa *lata* wird auch *latior*, L. 32. D. depos. *magna*. L. 1. §. 5. de O. et A. *gravior*. L. 54. §. 2. de A. R. D. genennt. Anstatt *culpam leviſſimam praestare* sagen sie oft *diligentiam* oder auch *custodiam praestare*. L. 5. §. 2. D. commod. L. 13. §. 1. D. de pignor. act. L. 47. §. pen. D. de legat. 1. Doch bedeuten diese Redensarten auch in einigen Stellen die Leistung der culpae *levis*. L. 5. §. ult. D. commod. §. 2. et ult. I. quib. mod. re contrah. oblig. §. 5. I. de loc. conduct. und in andern wird custodia blos dem *dolo* entgegengesetzt. L. 10. §. 1. D. commod. §. ult. I. de oblig. ex delict.

(7) Diese Distinction erhellet aus der L. 25. §. 16. D. famil. herciſc. L. 72. D. pro soc. und besonders aus der L. 17. D. de iur. dot. wo es heißt: in rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam *culpam*, (nemlich levem), quia sua causa dotem accipit; *sed etiam diligentiam* praestabit, *quam in suis rebus exhibet*. Ich sehe also nicht, wie man mit *Struv.* in decis. Sabb. cap. 11. decis. ult. und *Iac. Gothofred.* ad L. 23. de reg. iur. p. m. 799. dieselbe verwerfen kann. *Rung* in diss. legale fundamentum culpae in abstracto et concreto, (Goett. 1751.) erschöpft die Materie gar nicht.

(8) L. 17. cit. de iur. dot. *G. Beyer* diss. ad L. 66. solut. matrim. cap. 2. §. 33. in opusc. p. 55.

§. 759. Regeln von der Prästation der culpae.

In welchen Fällen aber wird denn nun culpa lata, in welchen levis, in welchen leviſſima geleistet? Eine intricate Frage (*1)! weil, wie gesagt, die Römische Juristen sich so vielfach, oft so unbestimmt ausdrücken, auch unter sich selbst nicht einig sind. Stryk (*2) will daher die ganze Sache dem Ermessen des Richters heimgestellt haben. Aber dieß geht, da wir gesetzliche Vorschriften in dieser Materie haben, nicht an. Freylich bleibt immer dem Ermessen des Richters viel überlassen, weil man keinen genauen Maasstab für die Grade der Nachlässigkeit hat; allein darum hängt doch nicht alles vom richterlichen Gutdünken ab. Folgende Regeln sind wohl die richtigsten und brauchbarsten. (S. die 53. Tabelle) Wenn culpa ausser einem Contract vorkommt; das heißt, wenn Jemand, mit dem ich in keinem Contract stehe, mir durch Nachlässigkeit Schaden thut: so muß er mir denselben ersetzen, die culpa mag nun lata, levis oder leviſſima seyn. Daher muß der Erbe dem Legatar culpam leviſſimam leisten. (§. 567.) Wenn mir jemand durch ein Delict oder Quasidelict Schaden thut, z. E. mir meine Fenster einwirft, mein Vieh todt schlägt, todt schießt, verwundet ꝛc. so muß er mich entschädigen, wenn er auch nur das mindeste Versehen begangen hat (*3). Doch ist die Anmerkung vom bonae fidei Besitzer nicht zu vergessen, die oben §. 283.

Num.

Num. 6. stand. Auch haben wir (§. 373.) gehört, daß der Usufructuar nur culpam levem leiste.

Wenn hingegen die Frage ist, welchen Grad der culpae ein Contrahent zu leisten habe, so muß man vor allen Dingen darauf sehen, ob etwas darüber ausgemacht worden ist. Denn es ist keinem Zweifel unterworfen, daß ein Contrahent, der nach den Gesetzen nur culpam latam zu leisten hätte, sich zu Leistung der levis, oder der, so nur levem zu prästiren hätte, sich zur Prästation der leviſſimae verbindlich machen kann. Ist nichts ausgemacht, so bemerke man: 1) Wo die Rede von Leistung eines *facti* ist, da muß einer culpam levem leisten (*4). Denn wer sich zu einem facto anheischig macht, der verspricht zugleich, daß er es auf die gehörige Art, ordentlich und fleissig thun wolle. Hält er dieß stillschweigende Versprechen nicht, so muß er den Schaden ersetzen. Daher kommt es, daß der mandatarius, (§. 926.) negotiorum gestor, (§. 937.) und Vormund, (§. 942.) culpam levem leisten müssen (*5).

2) Wenn ich etwas zu geben oder zu restituiren versprochen habe: so muß man zwey Fälle distinguiren. Der erste ist: ein Contrahent zieht allen Vortheil aus dem Contract; der andere hat nichts als Nachtheil und Beschwerde davon. Der zweyte Fall: jeder Contrahent hat Nutzen, jeder aber auch Beschwerde dabey. Im ersten leistet der Contrahent, welchem allein der Contract nützlich ist, culpam leviſſimam, der andere culpam latam (*6). Hingegen im letzten Fall leisten beyde culpam levem. Z. E. wenn ich einen Kaufcontract schliesse: so habe ich den Vortheil, daß ich Waare bekomme; aber die Beschwerde, daß ich mein Geld weggeben muß. Der Verkäufer hat den Nutzen, daß er Geld bekommt; aber die beschwerliche Verbindlichkeit, seine Sache aus den Händen zu geben. Also beyde Theile haben Nutzen und Beschwerde; beyde leisten also culpam levem. Eben so ist es im Miethcontract. Hingegen wenn ich einem eine Sache in depositum gebe: so habe ich den Vortheil, daß mir meine Sache verwahrt wird, und der depositarius nichts als die Last, daß er sie verwahren muß. Also der Nutzen ist allein auf meiner Seite. Deswegen muß ich auch culpam leviſſimam, der depositarius nur latam leisten. Bey dem commodato hat der commodatarius allen Nutzen, der commodans keinen. Jener leistet daher culpam leviſſimam, dieser latam.

3) Wer sich zu einem Geschäft erbietet, dem man sonst vielmehr zu entgehen sucht, der muß culpam leviſſimam leisten. Also nicht jeder, welcher sich zu einem Geschäft erbietet, ist in dieser Regel begriffen. Z. E. der Käufer, der Verkäufer, der Miethsmann u. s. w. leisten darum keine culpam leviſſimam, weil sie sich zu dem Contract offerirt haben. Nur alsdenn gilt jener Satz, wenn ich mich zu einem Geschäft offerire, welches lästig ist, wo-

bey ich keinen Vortheil habe, oder haben soll, und das sonst Niemand gern übernimmt. Z. E. wenn ich mich offerire, von einem ein depositum zu nehmen (* 7); wenn sich ein Vormund zur Tutel erboten hat; wiewohl ich nicht glaube, daß sich heutigestags, da die Vormünder besoldet werden, dieser Satz vertheidigen lasse.

4) Wenn ein Geschäft seiner Natur nach die größte Aufmerksamkeit erfordert, so muß der, welcher es übernimmt, culpam leviſſimam leisten. Ein Pferdekauf z. B. erfordert eine ausnehmende Vorsicht. Wenn ich also einem den Auftrag gebe, für mich ein Pferd zu kaufen, so muß er die äusserste Vorsicht anwenden, und, wenn er es unterläßt, mir den daraus entstehenden Schaden ersetzen.

(1) *Donell.* l. c. gesteht, daß in dieser Materie unauflößliche Knoten seyen. *Thomaſius* diſſ. de uſu pract. doctrin. de culpar. praeſtat. in contract. cap. 1. §. 1. rechnet sie unter die drey allerschwersten im Römischen Recht. S. auch *Leyſer* ſp. 154. med. 1. Die classische Stellen sind L. 5. §. 2. sqq. D. commodat. Nunc videndum eſt, *quid veniat in commodati actione;* utrum dolus, an et culpa? an vero et omne periculum? Et quidem in contractibus interdum dolum ſolum, interdum et culpam praeſtamus; dolum, in depoſito, nam, quia nulla *utilitas* eius verſatur, apud quem deponitur, merito dolus praeſtatur ſolus; niſi forte et merces acceſſit; tunc enim (ut eſt et conſtitutum) etiam culpa exhibetur; aut ſi hoc ab initio convenit, ut et culpam, et periculum praeſtet is, penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, (ut) in locato, (ut) in dote, (ut) in pignore, (ut) in ſocietate, et dolus et culpa praeſtatur. Commodatum autem plerumque ſolam utilitatem continet eius, cui commodatur; et ideo verior eſt Quinti (Mutii) ſententia, exiſtimantis, et culpam praeſtandam, et diligentiam: Und L. 23. D. de reg. iur. Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt; quidam et dolum, et culpam. Dolum tantum depoſitum et precarium; dolum et culpam, mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia geſta, (in his quidem et diligentiam), ſocietas, et rerum communio, et dolum, et culpam recipit. Sed haec ita, niſi ſi quid nominatim convenit, vel plus, vel minus, in ſingulis contractibus; nam hoc ſervabitur, quod initio convenit; legem enim contractus dedit; excepto eo, quod Celſus putat, non valere, ſi convenerit, ne dolus praeſtetur; hoc enim bonae fidei iudicio contrarium eſt; et ita utimur. Animalium vero caſus, mortes, quaeque ſine culpa accidunt, fugae ſervorum, qui cuſtodiri non ſolent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praeſtantur. Ueber das letzte Geſetz haben viele Juriſten, unter andern *Contius*, *Rittershuſius*, Arg. 1659. 4. und *Prouſteau*, bey *Merm.* tom. 3. commentirt. Auch iſt *d'Avezan* de contractibus lib. 1. cap. 26. ſqq. bey *Meermann*, tom. 4. p. 54. ſqq. *Reinold* diſſ. ad h. l. in opuſc. p. 303. ſqq. und vorzüglich *Iac. Gothofredus* ad tit. de reg. iur. in opuſc. p. m. 790. zu empfehlen. Inſonderheit über die Worte in his *quidem* et diligentiam

gentiam ſ. *Marckart* probabil. recept. lect. part. 1. p. 90. und *Püttmann* probabil. lib. 1. cap. 9.

(2) *Stryk* uſ. mod. tit. commod. §. 12.

(3) L. 44. D. de L. Aquilia, welche Stelle beſonders deswegen merkwürdig iſt, weil ſie die einzige im ganzen corp. iur. iſt, wo der Ausdruck culpa leviſſima vorkommt.

(4) Hier kommt alſo nichts darauf an, ob einer das Factum umſonſt thut, oder ob er dafür bezahlt wird.

(5) Eine Ausnahme macht das Römiſche Recht bey den Feldmeſſern. Denn ſie leiſten, wenn ſie falſch meſſen, nur culpam latam L. 1. §. 1. D. ſi menſor. falſ. mod. dix. die Urſache, ſagt man, liege darinn, weil die Feldmeſſer bey den Römern in großem Anſehen geſtanden hätten.

(6) Das precarium iſt von dieſer Regel ausgenommen. (§. 771.)

(7) Doch ſ. man §. 784.

§. 760. Von den Wirkungen der morae.

Die mora des Schuldners (*mora ſolvendi*) hat folgende Wirkungen: 1) daß der Schuldner die Gefahr der Sache tragen muß; das heißt, wenn ich eine Sache zu leiſten ſchuldig bin, und ſie nicht zu rechter Zeit tradire, nun aber die Sache durch einen Zufall zu Grund geht: ſo muß ich den Schaden erſetzen (mora in moroſum omne transfert periculum). Doch iſt dieſe Regel dahin einzuſchränken: wenn die mora mit Schuld daran war, daß die Sache zu Grund gegangen iſt (ſi mora nocua eſt). Iſt die mora unſchädlich, das heißt, die Sache würde dennoch zu Grund gegangen ſeyn, wenn ſie gleich der Schuldner zu rechter Zeit tradirt hätte: ſo erſetzt er den Schaden nicht (*1). Z. E. wenn ich einem eine Bibliothek heute, den 1. Merz tradiren ſoll, es aber unterlaſſe, und morgen in meinem Haus Feuer auskommt, das die Bibliothek verzehrt: ſo muß ich den Schaden erſetzen; denn die mora iſt ſchädlich (nocua). Hätte ich die Bibliothek tradiret: ſo würde ſie nicht verbrannt ſeyn. Man nehme aber an, daß nicht nur mein, ſondern auch des andern Haus, in welchem die Bibliothek hat ſollen aufgeſtellt werden, abbrenne. Jetzt iſt die mora unſchädlich (innocua). Wenn ich gleich die Bibliothek am 1. Merz abgeliefert hätte: ſo würde ſie doch zu Grund gegangen ſeyn.

Die mora 2) wirkt eine Verbindlichkeit, Zinſen zu bezahlen. Nach Deutſchem Recht iſt dieſe Regel ohne Einſchränkungen wahr. Nach dem Römiſchen Recht aber gilt ſie nicht in den ſtricti iuris Contracten, auch nicht in Darlehn. In dieſen Contracten wirkte die mora keine Verbindlichkeit zur Zinszahlung.

3) Zuweilen macht die mora, daß der ganze Contract zu Grund gehet; wenn nemlich a) dieſes ausbedungen worden iſt; z. E. ich verkaufe einem etwas mit dem Beding, daß wenn er den Kaufſchilling nicht zur beſtimmten

Zeit bezahlt, der Kauf nichtig seyn solle. b) Wenn der Schuldner die Erfüllung seines Versprechens so lang verschiebt, bis sie mir nichts mehr nütze ist. Z. E. jemand liefert mir die Lampen nicht vor dem Tage, an welchem die Stadt illuminirt wird (* 2).

4) Die mora vermehrt den Werth der Sache. Wenn mir jemand eine Sache nicht zur gesetzten Zeit prästirt, und die Rede von einem *negotio stricti iuris* ist: so muß er mir den höchsten Werth bezahlen, den sie vom Anfange der moraе an, bis zur Zeit der Litiscontestation; in den *iudiciis bonae fidei* aber den höchsten Werth, den sie bis zur Zeit der Condemnation hatte. Z. E. Jemand sollte mir am 1. August 1777. 20 Malter verkauften Waizen liefern; er unterläßt es, und wird am 1. Merz 1778. zur Lieferung condemnirt. Itzt kann ich den höchsten Werth fordern, den der Waizen zwischen dem 1. August 1777. und 1. Merz 1778. gehabt hat (* 3). Ist die Sache, die er mir leisten soll, während der moraе durch einen Zufall zu Grunde gegangen: so muß er mir den höchsten Werth bezahlen, den sie vom Anfange der moraе an, bis auf die Zeit des Untergangs hatte. Z. E. wenn mir jemand ein Pferd am 1. Januar 1778. liefern sollte, und es unterläßt; das Pferd am 1. Jul. in seinem Stalle vom Blitz getödtet wird: so muß er den höchsten Werth bezahlen, den das Pferd zwischen dem 1. Jan. und 1. Jul. hatte. Der Werth nemlich kann während dieser Zeit sich sehr geändert haben. Wenn das Pferd im Jan. noch zwey gesunde Augen hatte, im Merz aber eins verlor: so kann ich den Werth fordern, den es vor dem Verlust des Auges hatte.

Die mora des Gläubigers (*mora accipiendi*) wirkt so viel: daß er 1) die Gefahr tragen muß. Wenn ich z. E. das Geld, das ich schuldig bin, und dessen Annehmung der Gläubiger aus nichtigen Ursachen verweigert, im Gericht versiegelt deponire, und es dort gestohlen wird: so ist der Schaden des Gläubigers. 2) Der Schuldner wird von den Zinsen des Verzugs befreyet. Nemlich sobald der creditor in mora accipiendi ist: so ist der debitor nicht mehr in mora solvendi, ist er aber nicht mehr in mora: so zahlt er auch keine usuras moraе mehr. Wenn ich einem also ein Capital von 1000 Thlr. schuldig bin, es ihm ablegen, er es aber nicht annehmen will; (weil er z. E. verlangt, daß ich in Golde zahlen soll, wozu ich doch nicht verbunden bin,) ich daher das Capital gerichtlich deponire: so hört von dem Tage der Deposition an der Zinsenlauf auf. (§. 982. u. f.)

(1) Dieß ist zwar die richtigere, indessen sehr bestrittene Meynung. *Wernher* sel. obs. for. part. 4. obs. 214. §. 7. *Io. Aug. Reichard* diss. de casu obligationem tollente, (Ien. 1767.) §. 5.
(2) *Pufendorf* tom. 1. obs. 40. §. 6.
(3) *Leyser* sp. 150. m. 1. 2. 3.

§. 761.

§. 761. Wer trägt, und wer ersetzt den casum?

Bey dem Casus sind zwey Fragen wohl zu unterscheiden: 1) wer trägt ihn, über wen geht er, wessen ist der dadurch verursachte Schaden? 2) Wer ersetzt ihn, das heißt, wann bin ich schuldig, den Schaden, den ein anderer durch Zufall erlitten hat, zu ersetzen? (*[1]) Zuweilen passirt ein Unglücksfall, und es ist zweifelhaft, wen er eigentlich treffe? (quis sentiat casum?) zuweilen aber trift mich der Casus, und ein anderer muß mir den dadurch verursachten Schaden ersetzen (casum praestare debet).

Was also die erste Frage angeht: so bemerke man: 1) wenn Jemand ein Factum versprochen hat, und ein Casus passiret: so trift er denjenigen, in dessen Person er sich zuträgt: das heißt, wenn ich a) ein Factum verspreche, und durch einen Unglücksfall verhindert werde es zu leisten: so kann ich den bedungenen Lohn nicht fordern. Z. E. wenn der Laquai, die Magd krank wird: so hört während der Krankheit Kost und Lohn auf (*[2]). b) Wenn ich ein Factum versprochen habe, und dazu bereit bin; der andere aber durch Unglücksfall gehindert wird, es sich leisten zu lassen: so kann ich den ausbedungenen Lohn verlangen. Z. E. dem Kutscher, dem Laufer, dem Friseur gebührt Kost und Lohn, wenn gleich der Herr krankheitswegen ihre Dienste nicht brauchte.

2) Bin ich einem schuldig eine Sache zu geben, und die Sache kommt durch Unglücksfall um: so trägt der andere den Casus. Z. E. wenn ich einem eine Bibliothek verkauft habe, und sie ohne meine Schuld vor der Uebergabe verbrennt: so trift das Unglück den Käufer. Dieß drückt man durch die Regel aus: debitor speciei liberatur interitu rei (*[3]).

3) Wenn ich vermöge des Contractes verbunden bin, eine Sache zu restituiren, und die Sache durch einen Casus umkommt: so trägt ihn der Eigenthümer. Z. E. wenn ich von Jemand ein Pferd gemiethet habe: so muß ich es vermöge des Contractes nach geendigtem Gebrauche zurück geben. Krepirt es aber ohne meine Schuld: so trift der Casus den Eigenthümer.

Ein gleiches ist 4) Rechtens, wenn eine Sache, die ich weder zu geben, noch zu restituiren habe, durch Unglücksfall zu Grunde geht (*[4]). Z. E. wenn ich ein Landgut gepachtet habe, und die Früchte durch Hagelschalg ruinirt werden: so trift mich der Casus; denn ich bin Eigenthümer der Früchte. Indessen kann ich doch, um der Billigkeit willen, einen Nachlaß am Pachtgelde fordern. (§. 889.)

So viel hingegen die zweyte Frage betrift: so ist die Regel: Niemand ist schuldig, den einem andern durch Unglücksfall verursachten Schaden zu ersetzen, ausser a) wenn er den Casus übernommen hat; z. E. wenn ich von einem ein Haus miethe, und mich verbindlich mache, für die Unglücksfälle zu stehen: so

muß

muß ich ſie erſetzen; brennt alſo das Haus, auch ohne meine Schuld ab: ſo muß ich den Werth bezahlen. b) Wenn der caſus mixtus, das heißt, wenn culpa mit dem caſu verbunden iſt, der caſus nicht erfolgt ſeyn würde, wofern die culpa nicht paßirt wäre, ſi culpa ad caſum *ordinata* eſt, wie die Juriſten ſagen, und endlich ein ſolcher Grad von culpa vorhanden iſt, als in dem vorliegenden Falle präſtirt werden muß; (§. 754. §. 759.) oder c) wenn einer in mora iſt, und dieſe zum Untergange der Sache etwas beygetragen hat. (§. 760.)

(1) *G. Beyer* diſſ. ad L. 66. ſolut. matrim. cap. 2. §. 9. in opuſc. p. 44.
(2) *Lauterb.* coll. th. pr. tit. locat. cond. §. 105. *Muller* ad *Struv.* Ex. 44. th. 22. not. *s.* Strube rechtl. Bed. 3. Th. 68. Bed. Anderer Meynung iſt *Leyſer* ſp. 212. Med. 5. und *Walch* controv. p. 392.
(3) Dieſe Regel hat in allen Contracten auſſer Zweifel ſtatt, nur bey den unbenannten macht L. ult. D. de condict. cauſa dat. cauſ. non ſecut. Schwierigkeit. S. *Io.* van *Neck* diſſ. ad h. l. in *Oelrichs* theſaur. nov. diſſ. Belgicar. vol. 2. tom. 2. pag. 383. ſqq.
(4) *Reichardt* diſſ. cit. §. 2.

§. 762. Uebergang zu den einzelnen Contracten.

Nachdem wir die allgemeinen Sätze von den Verträgen, und den dahin einſchlagenden Materien kennen gelernt haben: ſo wollen wir nun die einzelne Arten von Contracten betrachten, zuerſt die reales Tit. 15. alsdenn die verbales Tit. 16. 17. 18. 19. 20. 21. darauf die litterales Tit. 22. endlich die conſenſuales Tit. 23. 24. 25. 26. 27.

TIT. XV.

QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR OBLIGATIO.

§. 763. Was ſind Realcontracte?

1) Contractus reales heiſſen die, deren verbindliche Kraft in der Erfüllung von Seiten des Einen Contrahenten liegt. Wenn ich nemlich 2) mit einem paciſcire: ſo iſt der Vertrag entweder in ſollenne Worte eingekleidet, oder nicht. Im erſten Fall iſt er ein contractus formularius. Im letzten Fall iſt er entweder einer von folgenden fünfen: emtio, locatio, ſocietas, mandatum, emphyteuſis; oder nicht. Wenn er einer von dieſen fünfen iſt: ſo heißt er contractus conſenſualis. Iſt er keiner davon: ſo iſt er entweder von Einem Paciſcenten erfüllt, oder nicht. Hat ihn noch keiner erfüllt: ſo iſt er ein pactum nudum. Wenn ich aber den Vertrag erfülle, oder der andere ihn erfüllt: ſo wird er ein *contractus realis*. Z. E. wenn ich mit einem den Vertrag

mache,

mache, daß er mir sein Pferd für meinen Ochsen geben soll: so ist es ein pactum nudum. Sobald ich ihm aber das Pferd, oder er mir den Ochsen übergiebt: so wird das pactum in einen Realcontract verwandelt.

Also 3) alle Realcontracte entstehen aus pactis nudis, die ich, (um mich kurz ausdrücken zu können) *pacta antecedentia* nennen will. Vor dem Darlehn geht das pactum de mutuo dando; vor dem Commodat das pactum de commodando; vor dem Depositum das pactum de deponendo; vor dem Pfandcontract das Pactum de pignore dando; vor dem Tausch das pactum de permutando voraus u. s. w.

4) Die Realcontracte haben ihren Namen nicht daher, weil sie eine Realklage wirken. Nein; Realklagen entstehen nur aus dem dinglichen Rechte (iure in re); ein Contract giebt blos ein persönliches Recht (ius ad rem; §. 293. Anmerk.); daher entstehen auch nur Personalklagen aus den Contracten. Die Ursache des Namens contractus *realis* liegt viel mehr darin, weil die verbindliche Kraft dieser Contracte *in re*, in der geschehenen Erfüllung des Vertrages liegt.

5) Man theilt die Realcontracte in nominatos und innominatos ein. Nominati sind vier: mutuum, commodatum, depositum, pignus. Sie entstehen alle aus pactis, wo nur Ein Theil etwas aus dem seinigen zu leisten verspricht. Bey dem Darlehn verspreche ich, die Sache dem andern zu borgen; bey dem Commodat verspreche ich, ihm den Gebrauch unentgeltlich zu verstatten; in dem Depositum verspricht der Depositar, die Sache umsonst zu verwahren; in dem Pfandcontract verspreche ich, meine Sache zur Sicherheit der Schuld zu übergeben. Alle andere Realcontracte, ausser den vier benannten, sind innominati Man theilt sie in vier Classen ein, do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias: und sie entstehen sämtlich aus solchen Verträgen, wo beyde Theile etwas aus dem ihrigen leisten.

6) Bey den Römern producirte das pactum antecedens keine Klage. Z. E. aus dem pacto de mutuo dando, wenn mir Jemand versprochen hatte, ein Darlehn zu geben, konnte man nicht klagen, und so auch bey allen übrigen. Heutigestags entsteht zwar aus diesen Verträgen schon eine Klage; aber gleichwohl sind sie von den darauf folgenden Contracten noch immer verschieden (* 1). Etwas anders ist der Vertrag, ich will dir ein Darlehn, ein Pfand geben, etwas anders der Darlehncontract, da ich einem das Darlehn wirklich gebe, der Pfandcontract, da ich ihm das Pfand wirklich tradire. Daher entsteht auch aus den pactis antecedentibus nicht dieselbe Klage, die aus den Realcontracten selbst entsteht. Z. E. aus dem contractu mutui kann der Gläubiger die actionem mutui auf die Wiedererstattung anstellen. Diese fällt aber bey dem pacto de mutuo dando weg. So lang ich noch

nichts gegeben habe, kann ich auch nicht auf die Wiedererstattung klagen. Eben so wenig hat actio depositi, commodati, pignoratitia statt, so lang nur noch pactum de deponendo, commodando, pignore dando vorhanden ist, wie man einsehen wird, wenn man die Definitionen dieser Klagen §. 776. 777. 788. 789. 797. 798. betrachtet.

(1) Es ist also ein Irrthum, wenn *Titius* in iur. privat. lib. 1. cap. 4. §. 1. das Gegentheil behauptet.

§. 765. Erklärung des Darlehns.

Das Darlehn, *mutuum* ist ein Realcontract, da ich einem eine fungible Sache dergestalt gebe, daß er Eigenthümer davon werden, und eine andere von gleicher Qualität und Quantität zurück geben soll. Fungible Sachen heissen hier bewegliche Dinge, die man einem im Commerz zuzählt, zumißt, zuwiegt; z. E. also Getraide, Fleisch, Wein, Bier, Geld, Eyer, Aepfel u. d. gl. sind res fungibiles. Bey dergleichen Sachen gilt der Satz: tantundem est idem, oder una res fungitur vice alterius, das heißt, es ist einem gewöhnlich ganz einerley, ob man dieses individuum, oder ein anderes von gleicher Qualität und Quantität hat; es findet da kein pretium affectionis statt (*1). Es ist z. E. Jedermann völlig einerley, ob er dieses Malter Korn, oder ein anderes von gleicher Güte hat. Die Personen, welche die Contracte schließen, sind der *mutuans* Darleiher, Gläubiger, und *mutuatarius*, oder der Schuldner.

(1) Paulus sagt in der L. 2. §. 1. de reb. cred. mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie. Ueber diese dunkle Stelle ist viel geschrieben, sie ist auf mancherley Art emendirt und erklärt worden. M. s. *Iac. Gothofredi* diss. de functione et aequalitate in mutuo, ad intellectum veramque lectionem l. 2. de reb. cred. (in opusc. Lugd. Bat. 1733.) p. 517. sqq. *Bynkershoek* observ. l. 10. *Idsinga* diss. de mutuo et veteri literar. obligat. cap. 3. §. 9. in *Oelrichs* thesaur. nov. diss. Bilgicar. vol. 1. part. 1. p. 130. seqq.

§. 766. Grundsätze vom Darlehn.

Das Darlehn erfordert also 1) *res fungibiles*. Das gewöhnliche Object des Darlehns ist Geld. Indessen kann es auch Getraide, Brod, Butter, Wein und jede andere fungible Sache seyn. 2) Diese Sache gebe ich dem andern (*1). So lang dieses nicht geschieht, ist der Darleihcontract noch nicht vorhanden. Und zwar 3) dergestalt, daß er Eigenthümer werden soll. Er kann also darüber nach Gefallen disponiren. Daraus folgt, daß das mutuum eine Alienation enthält. Denn eine Alienation ist nichts anders, als die Uebertragung meines Eigenthums auf einen andern. (§. 417.) Salmasius hat

in

in seinem Werk de usuris (*2) den Satz aufzustellen gesucht, daß das mutuum keine Alienation sey. Darüber gerieth er mit den Juristen seiner Zeit in einen Streit, der viele Schriften gebahr, und dessen Geschichte Walch (*3) erzählt. Seine Argumente sind alle leicht zu beantworten, wenn man nur zwischen der Quantität, und der körperlichen Sache, die der Gläubiger dem Schuldner darleihet, (corpora quae mutuo dantur) distinguirt. Die Quantität, welche man einem borgt, alienirt man nicht; das heißt, man begiebt sich nicht des Rechtes, diese Quantität wieder zu fordern: aber die körperliche Sache, welche man tradirt, wird alienirt; denn man giebt dem andern das Eigenthum derselben. Und deswegen, weil nemlich die Quantität nicht alienirt wird, heißt es in der L. 55. cit. nummi non alienantur, qui sic dantur ut recipiantur; das heißt, sie werden nicht gänzlich, nicht in allem Betracht alienirt. Auch nennt man eben darum geborgtes Geld aes alienum; weil der Schuldner nemlich soviel, als er bekommen hat, restituiren muß; weil die Summe res aliena ist.

(1) Hat Jemand meine Sache schon in Händen, z. E. ich habe Geld bey einem deponiret, oder mein Commissionair hat Geld für mich eingenommen: so ist es genug, wenn ich erkläre, daß er sie als ein Darlehn behalten solle; es ist genug, daß ich sie ihm *brevi manu* tradire. L. 11. pr. L. 15. D. de reb. cred. L. 34. pr. vers. *nec huic simile*, et vers. *item quod* D. mandat. Diesem Satz scheint indessen L. 34. pr. mandat. vers. *qui negotia*, geradezu zu widersprechen, celebris illa et inexplicabilis ἀντινομία! wie P. Faber sagt. Dort heißt es: qui negotia Lucii Titii procurabat, is cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistolam ad eum emisit, qua significarat, *certam summam ex administratione apud se esse, eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus.* Quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit? Et an usurae peti possint? Respondit, non esse creditam; alioquin dicendum, ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. Man muß mit *Idsinga* diss. de mutuo, in *Oelrichs* thesaur. nov. diss. belgicar. vol. 1. part. 1. p. 149. sqq. und mit andern annehmen, daß Lucius Titius auf den Brief seines Commissionairs nicht geantwortet habe, wiewohl diese Erklärung auch ihre Schwierigkeiten hat.

(2) Lugd. Bat. 1638.

(3) In controvers. p. 312. Man s. auch *Ayrer* diss. de arbitrio iudicis circa usuras pecuniae mutuaticiae, §. 4. und *Idsinga* diss. cit. cap. 4.

§. 767. Wer ein Darlehn geben könne?

Weil in dem Darlehn eine Veräusserung liegt: so folgt 1) daß nur der ein Darlehn geben könne, welcher alieniren kann. 2) Wenn Jemand ein Darlehn giebt, der zur Veräusserung nicht berechtigt ist, z. E. ein Pupill, Minderjähriger, erklärter Verschwender: so kann die Sache zurück gefordert werden. Wenn sie noch vorhanden ist: so hat rei vindicatio statt. Ist sie aber consumirt (*1), z. E. der Schuldner hat das geborgte Geld ausgegeben, den

geborgten Wein getrunken, das Brod gegessen: so ist sie entweder bona fide consumirt, oder mala fide. Bona fide, das heißt, der Schuldner hat geglaubt, daß der Gläubiger befugt sey, das Darlehn zu geben; mala fide, er hat das Gegentheil gewußt. Hat er sie bona fide consumirt, so kann er condictione sine causa belangt werden, daß er eine andere Sache von gleicher Qualität und Quantität zurück gebe (* 2). Ist er aber in mala fide gewesen: so hat nicht nur condictio sine causa, sondern auch actio ad exhibendum statt. Diese letzte Klage ist vortheilhafter für den Kläger, als jene erste, wie ich oben (§. 419.) angemerkt habe. 3) Wenn Jemand eine fremde Sache, ohne Auftrag vom Eigenthümer dazu zu haben, ausleihet: so ist ebenfalls der Contract ungiltig, und der Eigenthümer kann die Sache mit denselbigen Klagen, wie in vorigem Fall, zurück fordern.

(1) Was consumiren hier heiße, ist §. 419 erklärt worden.

(2) Andere nennen diese Klage, nach dem Beyspiel der Basiliker, *actionem de bene depensis*. *Püttmann* adverſ. lib. 2. cap. 4.

§. 768. Was entsteht aus dem Darlehn für eine Verbindlichkeit?

Wer ein Darlehn giebt, veräussert zwar das Individuum, welches er weggiebt, die körperliche Sache, die der Gegenstand des Darlehns ist; aber nicht die Quantität. Daher muß dann 4) der Schuldner eine Sache von derselben Qualität und Quantität, als er bekommen hat, zurück geben. Von derselben Quantität; hat er also eine Ohm Wein bekommen, so muß er auch eine Ohm restituiren. Von derselben Qualität; hat er Hochheimer erhalten, so muß er Hochheimer und keinen Bergsträser zurück geben.

5) Der Vertrag, daß mir der Schuldner weniger zurück geben soll, als er empfangen hat, ist giltig: denn ich habe ihm in diesem Fall den Ueberrest erlassen. Aber der Vertrag, daß er mehr restituiren soll, war nach dem Römischen Recht nicht giltig, wenn er nicht durch eine Stipulation befestigt wurde. Re enim, sagt Paulus in der L. 17. de pact. non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit. Heutigestages ist dieser Vertrag verbindlich, nur muß kein unerlaubter Wucher darinn stecken. Wenn ich z. E. einem 1000 Thlr. borgen, und mir versprechen lassen wollte, daß mir der Schuldner nach Verlauf eines Jahres 1200 Thlr. restituiren solle: so würde der Vertrag ungiltig seyn: denn ich würde auf diese Weise 20 pro Cent profitiren, da doch die Gesetze nur 5 pro Cent Zinsen erlauben.

6) Auch Zinsen wurden nach Römischem Rechte im Darlehn nicht bezahlt, wenn sie nicht ausdrücklich durch eine Stipulation versprochen waren (* 1). Heutigestages muß der Schuldner Zinsen entrichten: a) Wenn er sie entweder versprochen hat, oder b) sich in mora befindet; z. E. mir das dargeliehene Geld auf den bestimmten Termin nicht zurück bezahlet (* 2).

7) Zu-

7) Zuweilen geschieht es, daß, nachdem ich einem Geld vorgeliehen habe, eine Münzveränderung geschieht. Alsdenn entsteht die Frage, in welchem Münzfusse das Darlehn wieder zu geben ist. Z. E. in den Jahren 1760. und 1761. cursirten Münzen, welche 30 Kreuzer galten, und Ephraimiten hiessen, aber im Jahr 1763. auf 12 Kreuzer herunter gesetzt wurden (*[3]). Der französische Laubthaler, welcher jetzt nur 2 fl. 45 kr. gilt, war damals auf vier Gulden und höher gestiegen. Gesetzt nun, daß ich einem im Jahr 1761 1000 Thlr. in 30 kr. Stücken, oder in Laubthalern, das Stück zu 4 fl. geliehen hätte, und das Geld jetzt im Jahr 1782. ablegen wollte, wie viel bin ich zu bezahlen schuldig? Oder im Jahr 1770. galt der alte Louisd'or nur 8 fl. 45 kr. Jetzt im Jahr 1782. gilt er 9 fl. Wenn ich nun im Jahr 1770. ein Capital in alten Louisd'or, das Stück zu 8 fl. 45 kr. bekommen habe, und es jetzt restituiren will: so ist die Frage: gebe ich den Louisd'or zu 9 fl. oder nur zu 8 fl. 45 kr. Man unterscheide (nach der Tabelle 54. a.) folgende Fälle: a) Wenn eine gewisse Zahl von Geldstücken gegeben, und ausgemacht ist, daß eine gleiche Zahl restituirt werden soll: (z. E. ich leihe einem 100 Stück Ducaten und verspreche 100 Stück wieder zu geben) so bleibt es bey dem Vertrage, und es kommt nichts darauf an, ob diese Sorte Geld im Werth steigt oder fällt. b) Wenn etwas über den Münzfuß ausgemacht ist: so hat es dabey sein Bewenden. Z. E. Ich leihe dir 1000 Thlr. im 20 fl. Fusse, und verspreche diese Summe in gleichem Fusse zu restituiren. c) Ist nichts ausgemacht, und die Münzveränderung ist allgemein; das heißt, alle Münzsorten ändern ihren innern oder äussern Werth, es wird ein ganz neuer Münzfuß eingeführt: so wird auf die Zeit des Darlehens gesehen; das heißt, der Schuldner bezahlt das Capital in dem Münzfusse wieder, worinn er es bekommen hat; er giebt dem innern wahren Werth nach eben so viel wieder, als er empfing. Wer also im Jahr 1761. 1000 Thlr. in damaligen geringen Münzsorten borgte, der ist jetzt keine 1000 Thlr. im 24 fl. Fusse wieder zu geben schuldig; sondern nur so viel, als jene 1000 Thlr. in schlechten Münzen, nach dem 24 fl. Fusse ausmachen. Denn sollte er 1000 Thlr. in den jetzt cursirenden guten Münzen geben: so würde er offenbar Schaden, und der Gläubiger einen ungerechten Vortheil haben; weil sich mit allgemeinen Münzveränderungen auch die Preise der Dinge ändern. So wie die Münze schlechter wird, steigen die Preise der Waaren, und wenn die Münze besser wird, fällt der Preis. Man bekam z. E. im Jahr 1761. für einen Ephraimiten nicht so viel Waare, als man jetzt für 30 kr. erhält. d) Wenn die Münzveränderung nur particulär ist; das heißt, wenn nur eine oder die andere Münzsorte ihren Werth verändert: so wird auf die Zeit der Zahlung gesehen; das ist, der Schuldner bezahlt die Münze in dem Werthe, den sie jetzt, zur Zeit der Zah-

lung hat. Z. E. also, wer im Jahr 1770. ein Capital in Louisd'or, das Stück zu 8 fl. 45 kr. erborgte, und es jetzt im Jahr 1782. in Louisd'or ablegt, der kann das Stück zu 9 fl. anrechnen. Der Gläubiger leidet dabey keinen Schaden; denn wenn er im Jahr 1770. etwas für 9 fl. einkaufte, und einen Louisd'or in Zahlung brauchen wollte: so mußte er noch 15 kr. darauf legen. Dieß braucht er jetzt nicht; er kann mit einem Louisd'or allein so viel ausrichten, als er im Jahr 1770. mit einem Louisd'or und 15 kr. thun konnte. Particularmünzveränderungen machen keine Aenderung in den pretiis rerum. Niemand hat die ganze Materie so ausführlich und gut als Herr Prof. Schmidt abgehandelt (* 4).

(1) Selbst alsdann nicht, wann der Schuldner in mora war; denn das mutuum war seinem Wesen nach ein negotium gratuitum. *I. H. Boehmer* diss. de fundamento usurar. pecuniae mutuaticiae, §. 10. sqq. in exercit. ad Pand. vol. 4. p. 107. sqq.

(2) Ausserdem bezahlt er nach der richtigern Meynung keine Zinsen; denn man kann mit Grund weder einen präsumtiven noch stillschweigenden Consens des Schuldners in die Zinsenzahlung annehmen. *Berger* oec. iur. p. 562. edit. noviss. *Stryk* us. mod. tit. de reb. cred. §. 10. et in cautel. contract. sect. 2. cap. 1. §. 25. *Leyser* sp. 130. med. 3. 4. sp. 148. med. 9. sp. 244. med. 2. *Boehmer* diss. cit. §. 31. p. 143. *Reinharth* diss. de his, quae nobis invitis fiunt, p. 29. sqq. Anderer Meynung sind: *Richter* dec. 74. n. 17. *Schilter* Ex. 22. th. 14. Ex. 35. th. 11. *Titius* in iur. privat. lib. 4. cap. 8. §. 2. et 15. *Io. Frid. Hohmann* diss. an usurae ex mutuo non tantum ob pactum et moram, sed et propter naturam contractus solvendae sint, cap. 2. pag. 21. sqq. Carl Adolph von Braun ob das Darlehn gemeiniglich verzinslich sey, im Schottischen juriſt. Wochenblatt, 3. B. 21. Abth. *Müller* ad *Leyser* tom. 2. fascic. 1. obs. 286. Daß übrigens die erste an sich gegründete Lehre ihre Einschränkungen leide, zeigt *Ayrer* diss. de arbitrio iudicis circa usuras pecuniae mutuaticiae, §. 26. sqq.

(3) Nemlich nach dem Zwanzigguldenfusse giebt eine Mark feines Silber nur 13⅓ Thaler. In den Jahren 1757. 1758. wurde aber die Mark für 19. 24. Thaler, im Jahr 1759. für 25. 30. und in den Jahren 1760. und 1761. gar für 31. 33. Thaler ausgebracht. Praun's gründliche Nachricht vom Münzwesen, (Leipz. 1784. 8.) S. 164.

(4) Joh. Ludw. Schmidt Abhandl. in was für Münzsorten eine Geldschuld abzutragen. (Jena 1763. 4.) Zweyte vermehrte Aufl. 1782. Ebendesselben rechtl. Entscheidungen von den Münzsorten, in welchen eine Geldschuld abzutragen. Jena 1769. 4.

§. 769. Die aus dem Darlehn entstehende Klage.

Aus dem Darlehn entsteht nur Eine Klage, denn es ist ein contractus unilateralis; die *actio mutui*, oder *condictio certi ex mutuo*. Der Gläubi-

ger

ger oder sein Erbe stellt sie gegen den Schuldner oder dessen Erben, dahin an, daß Beklagter eine Sache von derselben Qualität und Quantität, wie er empfangen hat, zurück geben solle.

§. 770. Erklärung des Leihcontractes.

Der **Leihcontract** oder *commodatum* ist ein Realcontract, da ich einem eine nicht fungible Sache zu einem gewissen Gebrauche unentgeltlich gebe, so, daß er dieselbe Sache (rem in specie) nach geendigtem Gebrauch zurück geben soll. Z. E. ich gebe einem mein Pferd unentgeltlich, um damit eine Reise nach Frankfurt zu machen; verstatte einem den Gebrauch eines Buchs, um darüber ein Collegium zu hören.

Ich sage, der Gegenstand dieses Contractes sind nicht fungible Sachen. Denn fungible Sachen kann man nicht wohl brauchen, ohne sie zu consumiren, zu verderben, wegzugeben; gleichwohl soll der Commodatar die geliehene Sache in Natur und unverdorben wiedergeben. Fungible Dinge, z. E. Wein, Getraide, Geld, sind also kein Gegenstand dieses Contracts. Wenn es indessen möglich ist, eine gewisse fungible Sache zu gebrauchen, ohne sie zu consumiren oder auszugeben, und ich sie einem mit dem ausdrücklichen Beding zu einem solchen Gebrauch gebe: so ist der Contract ein commodatum (*[1]). Z. E. in einer gewissen Reichsstadt soll zwar ein jeder neu aufzunehmender Bürger eine gewisse Summe im Vermögen haben: der wohlweise Rath aber begnügt sich, wenn der recipiendus die Summe vorzeigt, ohne zu untersuchen, ob sie ihm eigen sey. Wenn ich nun an diesem Ort einem diese Summe leihe, daß er sie vorzeigen, und mir alsdenn zurück geben soll: so ist es ein Commodatscontract. Das ist gleich viel, ob a) die Sache beweglich oder unbeweglich, b) körperlich oder unkörperlich, c) dem der sie leihet eigen oder nicht eigen ist; das heißt, wenn ich einem eine Sache leihe, welche nicht mein ist: so kann ich dem ungeachtet die actionem commodati gegen ihn anstellen. (§. 737.) (*[2]).

Die bey diesem Contracte vorkommende Personen sind der *commodans*, welcher den Gebrauch seiner Sache einem andern verstattet, und der *commodatarius*, welcher die fremde Sache gebraucht.

(1) So ist L. 4. D. commodat. zu verstehen, wo es heißt: saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae ut *dicis gratia* numerationis loco intercedant. Ueber die wahre Lesart dieser Stelle, auch den Ursprung und die Bedeutung der Phrasis dicis gratia s. *Wieling* lect. iur. civ. lib. 1. cap. 3.
(2) L. 16. D. commodat.

§. 771. Grundsätze vom Leihcontract.

1) Das Commodat wird zu einem gewissen bestimmten Gebrauch gegeben.

ben. Commodatum ist also kein precarium. Precarium nemlich heißt ein prätorisches pactum, da ich einem eine Sache zu einem unbestimmten Gebrauch gebe, mit dem Beding, daß er mir sie zurück geben soll, sobald ich es verlange. Der Unterschied dieser beyden Geschäfte fällt in die Augen. a) Bey dem Commodat ist der Gebrauch der Sache bestimmt, bey dem Precarium nicht. b) Die commodato gegebene Sache kann man der Regel nach nicht als nach geendigtem Gebrauch zurück fordern, die precario verliehene Sache, sobald es einem gefällt. Wenn man z. E. Bücher verleihet, so geschiehet es meistens durch ein precarium. Denn man bestimmt den Gebrauch nicht, und kann sie zurück fordern, sobald man will. Daher wird auch c) in dem commodato, wie wir (§. 774.) hören werden, von dem, der die Sache zum Gebrauch erhält, culpa leviſſima präſtirt, im precario nur culpa lata (*1). 2) Das Commodat wird unentgeltlich gegeben. Sobald ich mir für den Gebrauch meiner Sache etwas verſprechen lasse: so ist es kein Commodat mehr. Bekomme ich Geld: so ist es ein Miethcontract (locatio conductio); bekomme ich etwas anders, als Geld: so ist es contractus innominatus, do ut des. 3) Der Vortheil bey diesem Contract ist also ganz auf Seiten des commodatarii; der commodans hat die Beschwerde, daß er den Gebrauch seiner Sache entbehren muß. 4) In dem Darlehn (mutuo) wird das Eigenthum übergetragen; dieß geschieht in dem Commodat nicht; der commodans bleibt Eigenthümer, der Commodatar bekommt nur das Recht, die Sache zu gebrauchen.

(1) Warum in dem precario nur culpa lata geleistet werde, weiß ich nicht. Ulpian sagt in der L. 8. §. 3. de precar. quia totum hoc ex liberalitate descendit eius, qui precario concessit. Aber eben darum sollte culpa leviſſima präſtirt werden. Und kann man von dem Commodat nicht auch sagen, totum descendit ex liberalitate eius, qui commodavit? Eben so wenig befriedigend sind die andere Ursachen, die man anführt. S. *Iac. Gothofred.* ad L. 23. de R. I. p. m. 806. *Pufendorf* de culpa, §. 260. *Thomaſii* diſſ. de uſu pract. doctrinae iur. rom. de culp. praestat. cap. 1. §. 48. sqq.

§. 772. Wie lange und wie hat der commodatarius die Sache zu gebrauchen?

Das Commodat wird zu einem bestimmten Gebrauch gegeben. Daher kann der commodans die Sache der Regel nach nicht vor geendigtem Gebrauch zurück fordern. Ich sage, der Regel nach. Eine Ausnahme ist: wenn ein unvermutheter Vorfall macht, daß der commodans seine Sache selbst nöthig hat. Wenn ich z. E. einem mein Pferd auf acht Tage geliehen habe, und mir eine unvermuthete Reise vorfällt: so kann ich das Pferd vor geendigten acht Tagen zurück fordern (*1). 2) Der commodatarius darf die Sache nicht anders gebrauchen, als ihm vorgeschrieben ist. Wenn er sie anders gebraucht,

z. E.

z. E. das ihm zum Reiten geliehene Pferd einspannt, oder das Pferd, das ich ihm zu einer Reise von sechs Meilen gab, weiter mitnimmt, so begeht er eine unerlaubte Handlung, welche furtum usus heißt. Man sehe §. 1024.

(1) *Struv.* Ex. 19. th. 8. *Hahn* ad *Weseni.* tit. de commod. num. 11. *Berger* O. I. p. 584. ed. vet. *Stryk* ad *Lauterb.* dict. tit. n. 22. Anderer Meynung sind *Tulden.* ad Cod. eod. tit. n. 1. *Voet.* ad Pand. dict. tit. §. 9. Nemlich L. 3. C. de locat. sagt: der Vermiether könne vor geendigter Miethzeit die Sache, wegen eines unvermutheten Bedürfnisses, zurück fordern. Daraus schließt man, also ist auch der commodans dazu um so viel mehr befugt, da er den Gebrauch der Sache umsonst verstattet, der locator hingegen Miethgeld bekommt. Voet. wendet aber dagegen nicht ohne Grund ein, wenn der Miethsmann den Gebrauch vor geendigter Miethzeit verliert, so bezahlt er auch das ganze Miethgeld nicht, folglich leidet er keinen so großen Schaden, als der commodatarius. Der Schluß also von dem Miethsmann auf den commodatarium ist nicht bündig.

§. 773. Der Leihcontract ist unentgeltlich.

Wenn ich mir für den Gebrauch meiner Sache etwas versprechen lasse: so ist der Contract kein commodatum. Giebt mir aber der commodatarius ein honorarium, das heißt, er giebt etwas nach geendigtem Gebrauch, freywillig: so wird dadurch der Commodatscontract in keinen andern verwandelt. In der Note wird bemerkt, daß das Wort honorarium zweyerley Bedeutungen habe. Es bedeutet 1) eine freywillige Belohnung, die man einem zu Bezeugung seiner Dankbarkeit für den Gebrauch seiner Sachen, oder wegen eines von ihm geleisteten Dienstes giebt. Und so wird es hier genommen. 2) Eine Belohnung, welche ich für solche Dienste schuldig bin, die sich nicht schätzen lassen, und für welche ich die Belohnung nicht als ein Aequivalent, sondern zu Bezeugung meiner Erkenntlichkeit gebe. Wenn ich z. E. einen auf die Freyerey schicke, und ihm auf den Fall, daß er das Jawort erhält, eine Summe Geld verspreche: so heißt dieß honorarium. Denn sein Dienst läßt sich nicht taxiren, und ich gebe das Geld nicht als eine Compensation für seine Arbeit, sondern um meine Dankbarkeit zu bezeugen. Daher heißt man auch honorarium das, was man einem für operas liberales verspricht. Nemlich operae liberales heissen die, welche niemand als ein Gelehrter leisten kann; z. E. Unterricht in Wissenschaften, Führung eines Processes: illiberales, welche auch ein anderer thun kann; z. E. Handwerksdienste, Bottengehen u. d. gl. Eine schuldige Belohnung für solche operas liberales heißt honorarium; so wie der Lohn für operas illiberales, *merces* (* 1).

(1) *Ad. Frid. Trendelenburg* diss. de honorario eiusque a mercede discrimine. Kil. 1775.

§. 774. Welche culpa wird in diesem Contract prästiret?

Weil der commodatarius allen Vortheil aus dem Contract zieht: der commodans gar keinen: so folgt, daß jener culpam leviſſimam, dieſer culpam latam präſtire. Wenn also der commodatarius nur das mindeste Versehen begeht, und die geliehene Sache dadurch Schaden leidet: so muß er den Schaden ersetzen. Doch diese Regel leidet ihre Ausnahmen, a) wenn das commodatum beyden Contrahenten vortheilhaft ist; z. E. wenn ich einem mein Pferd unentgeltlich gebe, darauf eine Reise zu machen und mir etwas mitzubringen: so muß jeder culpam levem leisten. b) Wird das commodatum blos zum Vortheil des commodantis gegeben: so leistet der commodatarius nur culpam latam. Man denke sich z. E. den Fall, daß mir Jemand aus Gefälligkeit eine Bestellung macht, und ich ihm, um geschwinder fortzukommen, mein Pferd leihe.

§. 775. Wer trägt die Unglücksfälle?

Der commodatarius wird nicht Eigenthümer der geliehenen Sache; sondern er ist schuldig, sie dem commodanti zu restituiren, und zwar in Natur, dasselbe individuum, welches er bekommen hat, nicht etwa eine andere Sache von gleicher Qualität und Quantität. Wenn ich aber eine Sache dem andern zu restituiren habe, und sie durch einen Zufall zu Grund gehet: so trägt der Eigenthümer den Verlust. Gesetzt also die dargeliehene Sache kommt durch einen Zufall um: so muß der commodans den Schaden tragen, und der commodatarius hat für nichts zu stehen. Uebrigens versteht sichs, daß, wenn der commodatarius die Unglücksfälle übernommen, oder durch seine culpam veranlaßt hat, oder in mora war, er den Schaden ersetzen muß. (§. 761.)

Nach dem Sachsenspiegel (* 1) soll der commodatarius den Schaden tragen. Allein das Römische Recht ist billiger und der Vernunft gemässer (* 2).

(1) Spec. Sax. lib. 3. auct. 5.
(2) *Leyſer* med. ad Pand. vol. 12. part. 1. pag. 435. ſqq.

§. 776. Klagen, die aus dem Leihcontract entstehen.

Der Leihcontract ist ein bilateralis inaequalis. Daher entstehen zwey Klagen daraus, die von ihm benennt sind, und wovon die eine directa, die andere contraria ist; also kurz *actio commodati directa* und *contraria*.

§. 777. Von der actione directa.

Die actionem commodati directam stellt der commodans, oder sein Erbe, gegen den commodatarium oder dessen Erben an, daß er die geliehene Sache nach geendigtem Gebrauch in specie, unverdorben, mit den Früchten und jedem Zuwachs, an dem Ort, wo er sie erhalten, auf seine Kosten zurück geben,

ben, und allen, auch nur culpa leviſſima verurſachten Schaden erſetzen ſoll. Iſt die Sache durch die Schuld des Commodatars ganz zu Grund gegangen, ſo muß er den Werth, iſt ſie verdorben, ſo muß er das Intereſſe präſtiren.

§. 778. Von der contraria.

Die actionem cammodati contrariam aber ſtellt der commodatarius und ſein Erbe, gegen den commodantem oder deſſen Erben an, wenn er Schaden bey dem commodato gelitten hat. Dahin gehört a) wenn er auſſerordentliche und unmäſſige Koſten auf die Sache hat verwenden müſſen. Die gewöhnliche Koſten muß der commodatarius tragen; z. E. die Fütterungskoſten, wenn ich ihm ein Thier zum Gebrauch leihe. Auch die auſſerordentliche Koſten, wenn ſie mäßig ſind, das heißt: wenn ſie das für dieſen Gebrauch dieſer Sache gewöhnliche Miethgeld nicht überſteigen. Wenn ich einem z. E. mein Pferd auf einen Tag leihe, und der an dem Ort gewöhnliche Miethlohn einen Thaler beträgt, der commodatarius aber dem Pferd ein paar neue Eiſen aufſchlagen läßt, ſo kann er dieſe Auslage von mir nicht wieder fordern. b) Wenn ich ihm die Fehler der dargeliehenen Sache doloſe oder aus einer groben Nachläſſigkeit (culpa lata) verſchweige, und er dadurch in Schaden kommt; z. E. wenn ich ihm verſchweige, daß das Pferd ſeine Nachbarn beißt, wenn dieß geſchieht, und er dadurch in Schaden kommt. c) Wenn ich die Sache vor geendigtem Gebrauch ohne rechtmäßige Urſache zurück nehme, und der commodatarius Schaden davon hat.

Uebrigens kann auch der Commodatar in den unter a) und b) beſtimmten Fällen das Retentionsrecht ſo lang ausüben, bis ihm Koſten und Schaden erſetzt ſind (* 1).

(1) Arg. L. 18. D. de pignor. act.

§. 779. Was iſt das depoſitum?

Der Hinterlegungscontract, *depoſitum*, iſt ein Realcontract, worinn ich einem eine Sache übergebe, daß er mir ſie unentgeltlich verwahre, und ſobald ich es verlange, zurückliefere. Ich heiſſe in dieſem Contract der *deponens*, und der andere *depoſitarius*. Darüber iſt ſehr diſputirt worden, ob allein bewegliche Sachen ein Gegenſtand dieſes Contracts ſeyen, oder auch unbewegliche Dinge deponirt werden können (* 1). Ich glaube, daß das depoſitum nicht auf bewegliche Sachen eingeſchränkt werden könne. Nur muß ich, wo ein depoſitum rei immobilis vorhanden ſeyn ſoll, keine beſondere *facta*, ſondern blos allgemeine Aufſicht der Sache verſprechen. Sobald jenes geſchieht, iſt es ein mandatum. Wenn ich z. E. verreiſe, und einen erſuche, daß er auf meinem Landgut die vorfallende Geſchäfte beſorge: ſo iſt es

mandatum. Gesetzt aber, ich gehe nur auf kurze Zeit weg, und bitte meinen Nachbar, auf mein verschlossenes Haus Achtung zu geben. Jetzt ist es depositum. Da der depositarius nur culpam latam, der mandatarius aber levem leistet: so ist diese Bemerkung nicht ohne practischen Nutzen.

Einige theilen das depositum in *iuris* und *facti* ein. Was hier erklärt worden ist, den eigentlichen Hinterlegungscontract nennen sie depositum facti; die unten (§. 982.) beschriebene Deposition hingegen, depositum iuris.

(1) *Huber* in praelect. ad Pand. tit. depos. num. 1. behauptet mit vielen andern, daß nur bewegliche Sachen deponirt werden können. *Thomasius* in schol. das Gegentheil. Die Thomasische Meynung vertheidigt *Walch* in controvers. p. 329. sq. die Huberische *Car. Gottl. Weidlich* de custodia rei alienae immobilis non depositо, sed mandato, (Lips. 1732.) §. 5. sqq. Daß man im Römischen Recht keine Spur vom depositо rei immobilis findet, ist richtig. Allein daraus läßt sich nicht mit Gewißheit schliessen, daß es den Römern ganz unbekannt gewesen sey.

§. 780. Grundsätze dieses Contracts.

Die Grundsätze bey diesem Contract sind 1) er wird unentgeltlich geschlossen. 2) Man giebt dem depositario nicht das Eigenthum, ja nicht einmal das Recht, die Sache zu gebrauchen, sondern nur den Besitz mit der Verbindlichkeit, die Sache zu bewahren. 3) Der Nutzen ist daher blos auf Seiten des Deponenten, die Beschwerlichkeit auf Seiten des Depositars.

§. 781. Das depositum wird unentgeltlich geschlossen.

Wenn also 1) Jemand meine Sache nicht unentgeltlich bewahrt: so ist es kein depositum; sondern ein Miethcontract, im Fall ich ihm Geld für diesen seinen Dienst verspreche; und ein contractus innominatus, wenn ich mich zu etwas anders anheischig mache. Hingegen 2) durch ein honorarium, durch eine freywillig geleistete, vorher nicht versprochene Belohnung, wird die Natur des depositi nicht geändert.

§. 782. Ein Betrug macht den Depositar ehrlos.

3) Wenn ich einem ein depositum gebe: so halte ich ihn für einen rechtschaffenen, und gegen mich freundschaftlich gesinnten Mann. Handelt er dieser guten Meynung zuwider, und betrügt mich: so wird er ehrlos. Dahin gehören die Fälle, wenn er die deponirte Sache vorsetzlich verdirbt, verkauft, mir das depositum gänzlich ableugnet, die Zurückgabe ohne alle Ursache verweigert. Indessen wird doch vorausgesetzt, daß in der richterlichen Sentenz aus-

ausdrücklich des Betrugs gedacht werde. Geschieht dieß nicht: so behält der depositarius seinen guten Namen (* 1).

(1) *Lauterbach* coll. th. pr. tit. §. 20.

§. 783. Darf der Depositar die Sache gebrauchen?

4) Der Depositar soll nur auf die Sache Achtung geben, sie nicht gebrauchen. Gebraucht er sie dennoch: so begeht er ein furtum usus. 5) Zuweilen wird aber dem Depositar der Gebrauch verstattet. Dieß geschieht entweder ausdrücklich, oder stillschweigends. Stillschweigends verstatte ich, nach der Verordnung des Römischen Rechts den Gebrauch, wenn ich Geld offen, das heißt, unversiegelt, unverschlossen, deponire. In beyden Fällen ist ein unregelmäßiger Hinterlegungscontract (depositum irregulare) vorhanden. Dieses hört zwar nicht auf depositum zu seyn (* 1); aber es nähert sich doch andern Contracten; nimmt doch einige Eigenschaften von andern Contracten an. Nemlich a) wenn ich einem eine fungible Sache deponire: so nähert es sich dem Darlehn, und es heißt *depositum irregulare* in strengem Verstand. Gebe ich b) eine nicht fungible Sache in depositum, und verstatte dem Depositar einen unbestimmten Gebrauch: so hat es Aehnlichkeit mit dem precario. c) Ist der Gebrauch bestimmt und unentgeltlich: so kommt der Contract dem Commodat nahe (* 2). d) Dem Miethcontract nähert sich das Geschäft, wenn der Depositar für den Gebrauch ein gewisses Geld, und endlich e) einem contractui innominato, wenn er etwas anders, als Geld verspricht.

(1) L. 25. §. 1. D. depositi. *Hunn.* resolut. p. 709. *Cocceii* iur. controv. tit. depositi. quaest. 1.

(2) *Berger* oec. iur. lib. 3. tit. 2. §. 9. not. 1. pag. 433. Anderer Meynung sind *Lauterbach* colleg. th. pr. tit. deposit. §. 2. *Reinharth* ad *Christin.* vol. 3. obs. 22. n. 7. sqq. Sie glauben, daß das depositum in diesem Fall nicht irregulär werde. Der Streit betrifft blos Worte.

§. 784. Welche culpa wird im deposito prästirt, und wer trägt den Unglücksfall?

6) Da der Deponent allein, und der Depositar keinen Nutzen hat: so leistet jener culpam levissimam, dieser nur latam (* 1). Ausnahmen dieser Regel sind, a) wenn sich Jemand ein Depositum anzunehmen erbietet. Jetzt muß er culpam levissimam leisten. Indessen schränkt man diese Ausnahme doch billig dahin ein, daß, wenn ich aus Mitleid einem von andern verlassenen, der seine Sachen sonst nicht unterbringen kann, anbiete, sie in Verwahrung zu nehmen, ich zu Leistung der culpae levissimae nicht verbunden sey. b) Wenn dem depositario ein bestimmter Gebrauch der deponirten Sache erlaubt ist. Auch hier muß der depositarius, wie ein commodatarius, culpam

leviſſimam leiſten. Andere machen noch mehr Ausnahmen, die aber dergleichen wirklich nicht ſind. 7) Der Deponent iſt und bleibt Eigenthümer. Wenn daher die deponirte Sache durch einen Zufall zu Grund geht: ſo muß er den Schaden tragen. Dieſer Satz aber leidet ſeine Ausnahmen: a) Wenn das depoſitum irregulär, und zwar ein ſolches iſt, das ſich dem Darlehn nähert. (§. 783. 5) b) Wenn der Depoſitar die Sache nicht zu rechter Zeit zurück giebt, und dieſer Verzug an dem Untergang der Sache mit Schuld iſt. c) Wenn der Depoſitar ſich anheiſchig macht, für die Unglücksfälle zu ſtehen.

(1) Nicht levem in concreto, wie *Beyer* ad Pand. tit. depoſ. §. 10. ſpp. behauptet. Ein ſchweres Geſetz in dieſer Materie iſt L. 32. D. depoſiti. Man leſe, was *Diet. Rung* diſſ. de culpa in abſtracto et concreto, (Goett. 1751.) cap. 1. p. 15. ſqq. darüber geſchrieben hat. Das beſte in dieſer ganzen Schrift iſt die Gebauerſche Erklärung des Geſetzes, die S. 21. 22. ſteht.

§. 785. Das depoſitum iſt entweder ſimplex oder miſerabile.

Ein depoſitum wird entweder in einer dringenden Gefahr gegeben, oder nicht. Jenes heißt *miſerabile*, bey andern *neceſſarium*, dieſes *ſimplex*, oder nach andern *voluntarium*. Alſo depoſitum miſerabile iſt z. E. wenn ich bey einer Waſſers-Feuers-Kriegsgefahr meine Sachen flüchte, und ſie bey einem Bekannten in Verwahrung gebe. Das miſerabile iſt von dem gemeinen darinn verſchieden, daß in jenem der dolus des Depoſitars mit der Strafe des doppelten Erſatzes beſtraft wird. Wenn ich nemlich einem ein depoſitum miſerabile gebe, er es mir nachher boshafter Weiſe ableugnet, und ich ihn überführe: ſo muß er mir es doppelt erſetzen. Dieß hat bey dem gemeinen depoſito nicht ſtatt. Der Grund der Verſchiedenheit liegt darinn, weil es weit ſchändlicher und ſtrafbarer iſt, ein depoſitum miſerabile, als ein anderes abzuleugnen. Heutigestages fallen alle Pönalklagen weg; (§. 1127.) daher kann auch im gegenwärtigen Fall nur auf die einfache Erſetzung des Schadens geklagt werden.

§. 786. Vom ſequeſtro.

Eine Gattung des depoſiti iſt die Sequeſtration. Man verſteht darunter die Depoſition einer im Proceß liegenden Sache, welche mit dem Beding geſchieht, daß die Sache dem Sieger zurück gegeben werden ſoll. Alſo ſie ſetzt a) voraus, daß über die Sache Proceß geführt wird, und b) daß man dieſe Sache einem Dritten in Beſitz giebt, und zwar c) ſo lange, bis der Proceß zu Ende iſt. Alsdenn ſoll ſie dem, welcher gewonnen hat, herausgegeben werden. Der, welcher eine ſolche Sache in Verwahrung bekommt, heißt der Sequeſter.

Die Sequeſtration iſt von den übrigen Gattungen des Depoſitums ſehr ver-

verschieden. 1) Das depositum geschieht mit Einwilligung des Deponenten; das sequestrum aber zuweilen gegen den Willen des Besitzers. Ich sage zuweilen. Der Regel nach ist es verboten, gegen den Willen des Besitzers die Sache, worüber gestritten wird, zu sequestriren. Denn während des Processes muß der im Besitz bleiben, der darinn war. Man darf den Proceß, wie die Juristen sagen, nicht von der Execution anfangen. Indessen giebt es Fälle, wo eine solche Sequestration erlaubt ist. Dahin gehört, a) wenn zu befürchten ist, daß der Besitzer mit der Sache die Flucht ergreifen, oder b) die Sache, z. E. die streitige Erbschaft, verschwenden werde, so daß am Ende kein Gegenstand für die Execution vorhanden seyn würde. c) Wenn man befürchtet, daß es während des Processes zwischen den Partheyen zu Thätlichkeiten kommen, und einer den andern mit Gewalt im Besitz stöhren wird. Wenn z. E. zwey Nachbarn über ein Landgut processiren, und während dieses Streites schon mehrmalen einander blutige Köpfe geschlagen haben: so kann der Richter das Landgut bis zu ausgemachter Sache sequestriren. d) Wenn der Besitzer die Sache, z. E. den im Streit befangenen Wald dergestalt zu behandeln anfängt, daß man voraus sieht, er werde ihn bis zum Ausgang des Streites gänzlich ruiniren. e) Das cap. 14. X. de sponsal. giebt auch folgenden Fall an. Mehrere behaupten, daß sich eine Weibsperson mit ihnen verlobt habe; jeder prätendirt das Vorrecht vor dem andern, und der eine befürchtet, daß der andere Gelegenheit finden werde, sich bey der Braut einzuschleichen, und sie zur Frau zu machen. Hier soll nach Vorschrift des angeführten Capitels die Weibsperson bey einer ehrbaren Matrone bis zum Ausgang des Processes sequestrirt werden. 2) Das depositum verpflichtet den Depositar nur die Sache in Verwahrung zu haben, darauf Acht zu geben. Der Sequester aber hat oft auch die Administration der Sache; z. E. wenn ein Landgut, ein Wald u. d. g. sequestrirt ist.

§. 787. Klagen aus diesem Contract.

Aus dem Depositum entstehen zwey Klagen; die eine ist wesentlich, die andere zufällig. Jene heißt *actio depositi directa*, diese *contraria*.

§. 788. Von der directa.

Die actio depositi directa wird angestellt vom Deponenten und seinen Erben, gegen den Depositar oder dessen Erben, und geht dahin, daß der Depositar dieselbe Sache, die er bekommen hat, (rem in specie) mit allem, was dazu gehört, (cum omni causa) herausgeben, und den ihr dolo oder culpa lata zugefügten Schaden ersetzen soll. Dieser Klage kann 1) keine exceptio compensationis entgegen gesetzt werden. Wenn ich nemlich eine fungible Sache,

z. E.

z. E. 1000 Thlr. bey einem deponirt hätte, und er mir die Zurückgabe aus dem Grund verweigern wollte, weil ich ihm 1000 Thlr. aus einem andern Fundament, z. E. einem Kauf schuldig sey, die beyderseitige Schuld sich also gegen einander aufhebe: so würde diese Exception unstatthaft seyn. Er muß mir das Depositum herausgeben, und alsdann seine Forderung gegen mich einklagen. Der Grund dieser Verordnung liegt darinn, weil man das depositum als etwas sehr heiliges ansah, und es daher für unerlaubt hielt, sich der Restitution einer deponirten Sache durch irgend einige Ausflucht entziehen zu wollen. Auch 2) die exceptio doli mali hat nicht statt. Sie ist im Grund die eben angeführte exceptio compensationis, nur anders eingekleidet. Wenn nemlich der Depositar sagen wollte, du hast 1000 Thlr. bey mir deponirt, bist mir aber 1000 Thlr. aus einem Kauf schuldig; du handelst also betrüglich, daß du das depositum zurück forderst; du giebst zu erkennen, daß du mich hintergehen willst. Eben so wenig kann sich 3) der Depositar von seiner Schuldigkeit, die deponirte Sache heraus zu geben, dadurch befreyen, daß er ein ius in re darauf prätendirt. Wenn ich z. E. eine Uhr bey einem deponirt hätte, und sie zurück verlangte; er aber behauptete, die Uhr gehöre ihm, sey ihm einst gestohlen worden; er sey also nicht schuldig, sie heraus zu geben: so würde auch diese Ausflucht ohne Wirkung seyn. Er muß die Uhr herausgeben, und nun kann er die rei Vindication anstellen. Eine Ausnahme leidet dieser Satz, wenn der Depositar sogleich erweisen kann, daß er, und nicht der Deponent Eigenthümer der Sache sey (*1). 4) Nicht einmal das Retentionsrecht findet bey dem deposito statt. Wenn ich nemlich dem Depositar etwas schuldig bin: so ist er nicht einmal befugt, die deponirte Sache so lange zurück zu halten, bis ich meine Schuld abgetragen habe. Wegen der offenbaren Billigkeit aber läßt man doch in der Praxis das ius retentionis alsdenn zu, wenn der Depositar a) Schaden bey dem Deposito gelitten, (S. den folg. §.) b) solche Kosten auf die deponirte Sache verwendet hat, um welcher Willen ihm die actio depositi contraria zustehet. Man sehe ebenfalls den folgenden Paragraph (*2).

(1) L. 15. D. depos. L. 11. pr. C. eod. *Boehmer* de act. sect. 2. cap. 8. §. 29. Doch ist dieser Satz nicht ausser Zweifel. S. *Leyser* sp. 153. med. 2.

(2) *Vinnius* quaest. sel. lib. 1. q. 51. *Stryk* V. M. tit. depos. §. 9. *G. L. Boehmer* diss. de iure retention. §. 8. in elect. iur. civ. vol. 2. p. 628. *Hering* diss. de retentione in depositi licita, sect. 2. §. 23. 24. 25. 26.

§. 789. Von der contraria.

Hat der Depositar die Sache herausgegeben, ohne das Retentionsrecht wegen seiner an den Deponenten habenden Forderungen auszuüben: so muß er zu der actione depositi contraria seine Zuflucht nehmen. Diese stellt er also an:

an: 1) wenn er durch die Schuld des Deponenten Schaden gelitten hat. Z. E. wenn ich einem ein Pferd in Verwahrung gebe, nicht sage, daß es schlägt, und es den Pferden des Depositars durch Ausschlagen Schaden thut; 2) wenn der Depositar auf die deponirte Sache Kosten verwendet hat; nur müssen sie entweder zur Erhaltung der Sache nothwendig, oder mit Vorwissen und Einwilligung des Deponenten gemacht worden seyn.

§. 790. Klagen, die aus der Sequestration entspringen.

Wenn der Proceß geendigt ist, und der Sequester die Sache nicht freywillig an den Sieger heraus giebt, so kann dieser die actionem sequestrariam directam gegen jenen anstellen, daß er die sequestrirte Sache mit allem, was dazu gehört, herausgebe; also auch Rechnung über Einnahme und Ausgabe ablege, wenn er dergleichen gehabt hat. Die actio sequestraria contraria hingegen wird vom Sequester gegen den Sieger angestellt, wenn er Auslagen gethan, oder Schaden gehabt hat. Hat er nicht blos die Verwahrung, sondern auch eine Verwaltung gehabt, (§. 786. 3.) so kann er dafür einen Lohn fordern, und daher actione locati klagen (* 1). Merkwürdig ist, daß die actio sequestraria von dem Sieger und gegen den Sieger angestellt wird, wenn er gleich nicht derjenige ist, welcher dem Sequester die Sache übergeben hat. Z. E. wenn ich mit A. Proceß über einen Garten habe, den Garten dem B. in sequestrum gebe, und den Proceß verliere, so stellt A. jene Klage gegen B., oder auch B. gegen ihn an. Die Ursache liegt darinn: wenn A. gleich den Garten nicht sequestrirt hat, so nehmen doch die Gesetze an, daß er in die Sequestration, als eine ihm nützliche Handlung gewilligt, also mit contrahiret habe.

(1) Jo. Ludw. Schmidts Lehrbuch von Klagen, §. 806. (Zweyte Ausg.)

§. 791. Vom Pfandcontract.

Das Wort Pfand hat, wie wir oben (§. 712.) gehört haben, dreyerley Bedeutungen. Man versteht darunter ein Recht, eine Sache, und einen Contract. Hier nehmen wir es in der letzten Bedeutung, und verstehen darunter den Realcontract, da ich meinem Gläubiger eine Sache zur Sicherheit meiner Forderung mit dem Beding übergebe, daß er sie nach abgetragener Schuld wieder zurück geben soll (* 1).

(1) Bey den Römern hatte man in älteren Zeiten einen feyerlichen Pfandcontract, wobey vermuthlich aes et libra gebraucht wurde, und welcher *nexus* hieß. *Io. Cannegieter* ad Ulp. fragm. tit. 9. p. 77. sq.

§. 792. Grundsätze dieses Contracts.

1) Der Pfandcontract ist also ein accessorischer; denn er setzt voraus,

daß ich einem schon zu etwas verbunden bin. 2) Alle Sachen können ein Gegenstand dieses Contractes seyn, welche dem Gläubiger Sicherheit verschaffen. 3) Der Gläubiger soll das Pfand nicht gebrauchen, sondern nur besitzen und bewahren. Der Pfandcontract erfordert also, daß die Sache dem Gläubiger tradirt werde. 4) Dieser Contract gereicht beyden Theilen zum Vortheil. Denn der Schuldner hat davon den Nutzen, daß er Credit erhält, welches ohne Pfand nicht würde geschehen seyn; und der Gläubiger, daß er Sicherheit bekommt.

§. 793. Folgerungen aus dem ersten Grundsatz.

Aus dem ersten Axiom folgt: 1) daß dieser Contract null und nichtig ist, wenn nie eine Schuld vorhanden war, oder die vorhanden gewesene getilgt ist. Man stelle sich den Fall vor, daß Jemand Ansprüche an mich macht: daß ich glaube, sie seyen gegründet; daß ich, um Nachsicht zu erhalten, ein Pfand gebe; daß sich aber nachher zeigt, ich sey nie etwas schuldig gewesen, oder die Schuld sey abgetragen. In diesem Fall ist der Pfandcontract ungiltig. Daß die Schuld ein debitum mixtum, in den natürlichen und bürgerlichen Gesetzen zugleich gegründet sey, ist nicht nöthig. Denn auch wegen einer blos natürlichen Verbindlichkeit kann ein Pfand giltig gegeben werden; nur muß sie nicht völlig zernichtet seyn. (§. 727.) Wenn ich einem also etwas aus einem nudo pacto schuldig bin, und ihm deswegen ein Pfand gebe: so ist der Pfandcontract giltig. Denn die aus einem nudo pacto entstehende Schuld ist zwar eine blos natürliche, aber doch nicht ganz zernichtet. Gesetzt aber, eine Weibsperson ist etwas aus einer Bürgschaft schuldig; sie giebt dem Gläubiger deshalben ein Pfand. Dieser Pfandcontract ist ungiltig. Denn die aus einer Bürgschaft entstandene Schuld der Weibsperson ist eine natürliche ganz destruirte Schuld.

2) Sobald die Schuld getilgt ist, kann auch das Pfand zurück gefordert werden. Merkwürdig ist die Verordnung im Titel des Codex: etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse Sie ist folgenden Inhalts: wenn ich einem mehrere Posten schuldig bin, und nur wegen des einen ein Pfand gegeben habe, so kann ich dieses Pfand doch nicht eher zurück fordern, als bis ich sämmtliche Posten abgetragen habe. Der Gläubiger hat zwar kein Pfandrecht wegen der sämmtlichen Posten, aber das Retentionsrecht steht ihm doch so lange zu, bis er bezahlt ist.

§. 794. Folgerungen aus dem zweyten Grundsatz.

Aus dem zweyten Axiom folgt: 1) daß man alle Arten von Sachen verpfänden kann, wenn sie nur dem Gläubiger Sicherheit geben; also sowohl körper-

körperliche als unkörperliche. Ich kann einem z. E. ein Zehendrecht, eine Schuldforderung verpfänden. Beyde sind unkörperliche Dinge (*1). 2) Sowohl bewegliche als unbewegliche. Gewöhnlicher ist es zwar, daß man die unbewegliche Sachen nur verhypotheciret; aber sie können doch auch oppignoriret werden. 3) Ich kann sowohl meine eigene als fremde Sachen verpfänden; nur muß im letzten Fall der Eigenthümer entweder voraus einwilligen, oder nach geschehener Verpfändung seine Genehmigung ertheilen (*2). 4) Hingegen Sachen, welche kein Gegenstand des Commerzes sind, können nicht verpfändet werden; also freye Menschen, z. E. meine Kinder, kann ich nicht verpfänden. (§. 737.) Auch 5) Sachen nicht, welche im Proceß liegen. Denn während des Processes soll keine Neuerung mit dessen Gegenstand vorgenommen werden, soll alles im bisherigen Zustand (statu quo) bleiben.

(1) *Casp. Achat. Beck.* diss. de oppignoratione servitutum, Ien. 1729.
(2) *Christ. Gottl. Gmelin* commentatio de iure pignoris vel hypothecae quod creditori debitor in re sibi non propria constituit, Ulm. 1768. 8.

§. 795. Folgerungen aus dem dritten Grundsatz.

Aus dem dritten Grundsatz folgt, daß es eine unerlaubte Handlung ist, wenn der Gläubiger das Pfand gebraucht. Zuweilen wird dieß indessen ausdrücklich erlaubt. Giebt man einem insonderheit eine fruchttragende Sache zum Unterpfand, einen Garten, Acker, Wiese u. d. gl. und erlaubt ihm, die Früchte statt der Zinsen zu geniessen; das heißt, es wird ausgemacht, daß der Schuldner keine Zinsen bezahlen, und der Gläubiger statt deren die Früchte des Gutes behalten soll: so heißt der Vertrag *antichresis*, *pactum antichreticum*.

§. 796. Folgerungen aus dem vierten.

Endlich aus dem vierten Grundsatz folgt, daß in diesem Contract jeder Theil dem andern culpam levem leisten muß. In der berühmten L. 13. §. 1. D de pign. act. heißt es zwar: venit in hac actione, (nemlich pignoratitia directa, wie man es gewöhnlich erklärt), et dolus et culpa *ut in commodato*; im Commodat aber wird culpa levissima prästirt; (§. 774.) und die Ausleger haben daher mancherley Erklärungen, zum Theil auch Verbesserungen dieses Gesetzes ausgesonnen (*1). Aber Wieling (*2) behauptet mit Grund, daß unter der *hac actione* nicht die actio pignoratitia, sondern eine andere im Proömium des Gesetzes angeführte Klage zu verstehen sey (*3). Ich weiß zwar sehr gut, daß sich gegen diese Meynung noch Einwendungen machen lassen (*4); allein von Gewicht habe ich noch keine gefunden.

(1) S. *Lamprecht* commentat. ad L. 13. D. de pignoratit. act. (Goett. 1750.) *Marckart* probabil. receptar. lect. p. 1. pag. 101. sqq. Westphal vom Pfandrecht, S. 79. *Müller* ad *Leyser* obs. 344.

(2) *Wieling* lect. iur. civ. lib. 1. cap. 7.

(3) Nemlich der Fall ist: der Pfandgläubiger verkauft das Pfand, ohne dazu befugt zu seyn, z. E. ehe noch der Zahlungstermin erschienen ist; macht aber mit dem Käufer aus, daß er es dem Schuldner auf sein Verlangen herausgeben solle. Jetzt kann der Schuldner gegen den Käufer entweder die Reivindication oder die actionem in factum anstellen, und in hac actione, sagt das Gesetz, venit et dolus et culpa ut in commodato; billig, denn, warum kaufte der Beklagte die Sache, da er wußte, daß sie der Gläubiger zu verkaufen nicht befugt war.

(4) *Lamprecht* diss. cit. §. 10. et 19.

§. 797. Von den Klagen, die aus diesem Contract entstehen.

Zwey Klagen entspringen aus dem Pfandcontract, die eine aus seinem Wesen; die andere, wenn zufällige Umstände eintreten. Jene heißt *actio pignoratitia directa*, Hauptpfandklage, wie einige sie nennen; diese *actio pignoratitia contraria*, Gegenpfandklage.

§. 798. Von der directa.

Die directam stellt der Schuldner gegen den Gläubiger an, wenn die Schuld getilgt ist, und dieser demohngeachtet das Pfand nicht herausgeben will. Das Gesuch geht dahin, den Beklagten anzuhalten, daß er das Pfand mit allem, was dazu gehört, zurück geben, und den Schaden ersetzen soll, den er dem Pfand culpa lata oder levi zugefügt hat.

§. 799. Von der contraria.

Die contrariam aber der Gläubiger gegen den Schuldner, wenn er 1) nöthige Kosten, d. i. solche, die zur Erhaltung der Sache erforderlich waren, auf das Pfand verwendet hat. Meliorationskosten, oder solche, welche die Sache verbessert, aber doch zu ihrer Erhaltung nicht nothwendig waren, kann er alsdann nur fordern, wenn sie dem Schuldner nicht lästig sind, d. i. wenn er sie bequem erstatten kann, oder der Schuldner in deren Aufwand eingewilliget hat (* 1). 2) Wenn der Gläubiger Schaden durch culpam levem des Schuldners erlitten; oder 3) der Schuldner eine ihm nicht eigene Sache verpfändet, der Gläubiger also eine andere Sache substituirt haben will. 4) Wenn der Schuldner die Sache nicht tradirt, die er zu verpfänden versprochen hat. Z. E. Jemand verspricht mir ein Kästchen mit Diamanten zu verpfänden: zeigt es mir vor, versiegelt es, und schiebt nun betrüglich ein anderes leeres Kästchen unter. 5) Wenn der Gläubiger dem Schuldner das Pfand zum Gebrauch auf eine Zeitlang leihet, und dieser es nach dem Gebrauch nicht freywillig zurückgiebt.

Man

Man verwirre also die actionem hypothecariam mit der pignoratitia directa und contraria nicht. a) Die hypothecaria entsteht aus dem Pfandrecht, sie ist also eine Realklage; die actiones pignoratitiae aber entspringen aus dem Pfandcontract, sind Personalklagen. b) Die hypothecariam stellt der Gläubiger gegen jeden Besitzer auf die Abtretung des Pfands oder Bezahlung der Schuld an; die pignoratitiam directam aber stellt der Schuldner gegen den Gläubiger auf die Zurückgabe des Pfandes an, und die contrariam der Gläubiger gegen den Schuldner auf Schadloshaltung.

(1) *Leyser* sp. 155. 156.

§. 800. Von den ungenannten Contracten.

Im Text der Institutionen wird von den unbenannten Contracten gar nicht gehandelt. Hier ist daher diese Lücke ausgefüllt. Die unbenannte Contracte haben vier Gattungen: do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias. Ich habe diese Gattungen schon im 749. §. erklärt, und merke hier nur an: 1) Der contractus do ut facias ist von dem andern facio ut des blos darinn unterschieden: in dem Contract do ut facias wird zuerst die Sache gegeben, und nun folgt erst das Factum. Hingegen in dem Contract facio ut des wird zuerst das factum gethan, und nachher die Sache gegeben. Einige unbenannte Contracte haben einen Namen, nemlich die im 902. §. angeführte. andere haben keinen, und verschiedene Juristen theilen deswegen die unbenannte Contracte in reguläre und irreguläre ein. Irreguläre sollen die seyn, welche einen Namen haben, regulär, welche keinen haben. Allein diese Distinction ist ganz unnöthig und unnütz, auch unschicklich. Denn warum soll ein contractus innominatus irregulär heissen, der einen Namen hat? Ein Contract heißt innominatus, weil er keine eigene benannte Klage wirkt. Darauf, ob er selbst einen Namen hat, oder nicht, kommt gar nichts an. Es ist also auch gar nichts unregelmässiges, wenn man einen Contract einen innominatum heißt, welcher einen Namen hat.

§. 801. In den ungenannten Contracten konnte man pönitiren.

Etwas besonders ist bey den contractibus innominatis, daß der, welcher eine Sache vermöge eines solchen Contracts dem andern gegeben hat, pönitiren kann; das heißt, er ist befugt, vom Contract wieder abzugehen, und die gegebene Sache durch eine Klage zurück zu fordern, welche condictio causa data, causa non secuta heißt. Der Grund liegt vielleicht darinn: in den Realcontracten entsteht die obligatorische Kraft blos aus der Erfüllung des Contractes. Wer die Erfüllung des Contracts annimmt, der ist verbunden. Wenn ich also allein von meiner Seite den Contract erfüllt habe: so ist der andere

verbunden, ich nicht; ich kann folglich wieder abgehen, der andere nicht. Will ich abgehen, so stelle ich, wie gesagt, condictionem causa data, causa non secuta an, und fordere meine Sache zurück. (§. 957.) Will ich aber den Contract halten: so klage ich actione praescriptis verbis, und bitte, den Beklagten zur Erfüllung des Contractes anzuhalten. Aber ist es denn wohl heutigestags erlaubt, in einem unbenannten Contracte zu pönitiren? Viele glauben, es gehe an (* 1). Allein die richtige Meynung ist, daß es der Regel nach nicht erlaubt sey. Denn alle Verträge haben bey uns dieselbe Wirkung, wie die Stipulation bey den Römern. Nun konnte aber einer, der etwas vermittelst einer Stipulation versprochen hatte, nicht pönitiren (* 2). Indessen giebt es Ausnahmen. Dahin gehört, a) wenn ich einem etwas mit dem Beding gebe, daß er mir binnen gewisser Zeit etwas dagegen leisten solle, und er diese Zeit verstreichen läßt (* 3); b) wenn der andere ausser Stand ist, sein Versprechen zu erfüllen, das interesse auch sich nicht wohl bestimmen und in Geld anschlagen läßt. Z. E. ich gebe einem etwas, damit er eine gewisse Person heyrathe, und diese schlägt ihn aus (* 4).

(1) Man sehe *Alef* diss. de eo quod iust. est circa poenitentiam in contractibus innominatis; in dieb. academ. n. 10.

(2) *Berger* Oec. iur. lib. 3. tit. 6. §. 6. n. 3. *Wernher* p. 2. obs. 380. n. 45. *Pufendorf* tom. 1. obs. 40. §. 4. *Reinharth* ad *Christin.* IV. 68. *Iac. Frid. Ludovici* diss. de effectu poenitentiae, cap. 2. §. 24. *Io. Frid. Hertel* diss. de poenitentia in contractu innominato hodie locum non inveniente Ien. 1733. *Io. Frid. Wahl* progr. de permutatione pacto displicentiae vallata. §. 4.

(3) *Pufendorf* l. c. §. 6.

(4) *Hommel* rhapsod. obs. 413. pag. 572.

§. 802. Von drey besondern unbenannten Contracten.

Einige unbenannte Contracte verdienen eine besondere Betrachtung. Dergleichen sind 1) der *contractus aestimatorius*, Trödelcontract. Man versteht darunter den Contract, da ich einem eine Sache gebe, um sie zu verkaufen; sie zu einem gewissen Preise anschlage, und ihm erlaube, entweder mir diesen Preis zu bezahlen, oder die Sache wieder zu geben. Es ist also eine Art von Verkauf, bey welchem aber dem Käufer erlaubt ist, die Sache selbst zurück zu geben. Gestritten wird darüber, ob der Trödler, das heißt der, welchem die Sache zum Verkauf gegeben wird, Eigenthümer derselben werde? Ich glaube, daß man dieß verneinen muß. Denn 1) gebe ich dem Trödler die Sache nicht in dieser Absicht; 2) geht bey dem Kauf das Eigenthum nicht eher über, als der Kaufschilling bezahlt ist; 3) ist der Trödler befugt, die Sache wieder zu bringen, und 4) trägt er die Gefahr nicht, ausser wenn er mich gebeten hat, ihm die Sache zu geben; (* 1) weil er in diesem Fall die Gefahr stillschweigend übernommen hat (* 2).

2) *Per-*

2) *Permutatio*, der Tauſch. Er iſt eine Gattung des Contractes do ut des (* 3). Wenn ich einem etwas gebe, daß er mir etwas dagegen geben ſoll, ſo iſt es ein contractus do ut des. Zum Tauſch aber inſonderheit wird erfordert, daß ich einem eine Sache, nicht blos den Gebrauch derſelben gebe, und daß dieſe Sache nicht in einer beſtimmten Summe Geld beſtehe. Etwas an baarem Gelde kann bey dem Tauſch gegeben werden, nur muß es nicht ſo viel betragen, als das, was noch daneben gegeben wird. (§. 868.)

3) Der *contractus ſuffragii*. Suffragium heißt hier ein Vorwort bey dem Landesherrn für einen andern. Wenn ich nun Jemanden, der um den Landesherrn iſt, (au'ico) etwas gebe, daß er für mich ein Vorwort einlege; meine Angelegenheit dem Landesherrn empfehle: ſo heißt es contractus ſuffragii. Er ſetzt übrigens voraus, daß der aulicus nicht ohnehin Amtswegen verbunden iſt, die Sache dem Landesherrn zu empfehlen. Denn wenn das iſt, und er dennoch ein Geſchenk nimmt: ſo handelt er unerlaubt.

(1) L. 17. §. 1. D. de praeſcr. verb.

(2) *Cocceii* iur. controv. tit. de aeſtimat. *Stuhlmann* diſſ. de dominio per contractum aeſtimatorium ante ſolutionem pretii in accipientem non translato. Goett. 1770. Anderer Meynung iſt *I. H. Boehmer* diſſ. de domin. translat. in contract. aeſtimat. §. 7. ſqq. Exerc. ad p. vol. 3. p. 545. ſqq.

(3) Manche Juriſten glauben, daß zwiſchen der Permutation und dem contractu do ut des gar kein Unterſchied ſey. *Io. Frid. Wahl* l. c. §. 7. Allein man ſ. L. ult. D. de condict. cauſ. dat. *Bynkershoek* lib. 6. obſ. cap. 24. *Io.* van *Neck* diſſ. ad h. I. in *Oelrichs* theſaur. nov. diſſ. Belgicar. vol. 2. part. 2. p. 383. ſqq.

TIT. XVI.

DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

§. 803. Was iſt ein Verbalcontract?

Ein Realcontract erhält ſeine verbindliche Kraft dadurch, daß er von einem der Contrahenten erfüllt wird, ein Verbalcontract durch die feyerliche Worte, vermittelſt deren er geſchloſſen wird. Ein jeder Vertrag konnte dadurch obligatoriſch gemacht, in einen Contract umgeſchaffen werden, wenn man ihn in eine Formel einkleidete. Man gieng nemlich zu einem Rechtsgelehrten, trug ihm den Innhalt des Vertrags vor, und ließ ſich ein dazu paſſendes Formular entwerfen; dieß recitirten die Contrahenten, und nun war der Vertrag obligatoriſch, war ein Verbalcontract.

§. 804.

§. 804. Gattungen dieses Contractes.

In den ältern Zeiten hatte man drey Gattungen von Verbalcontracten. Der erste war *solennis dotis dictio*; wenn der Schwiegervater dem Schwiegersohn eine Brautgabe versprach. Der zweyte *promissio operarum a liberto facta*. Ein Freygelassener war seinem Patron operas officiales, aber keine fabriles schuldig. (§. 82.). Zuweilen versprach indessen der Freygelassene auch operas von der letzten Art, und bestätigte sein Versprechen durch einen Eyd. Jetzt war er sie zu leisten schuldig. Merkwürdig ist, daß der Eyd in diesem Fall eine äusserliche Verbindlichkeit, eine Verbindlichkeit in den Gerichten, (in foro) eine Klage wirkte, welches sonst in keinem Fall geschah (*[1]). Ein anderes pactum, welches an und für sich keine Klage producirte, wurde darum nicht verbindlicher, wenn es beschworen wurde. Der dritte ist die Stipulation. In den neueren Zeiten kamen die beyde erstere dieser Contracte ab, die Stipulation allein blieb in Uebung. Daher handelt Justinian von dieser allein in den Institutionen.

(1) *Caii* instit. lib. 2. tit. 9. §. 4. Uebrigens sind in dieser Materie manche Dunkelheiten, die mir auch durch das, was *Donell.* in commentar. iur. civ. lib. 2. cap. 18. *Ant. Faber* in coniectur. lib. 20. cap. 18. und *Malblanc* in doctrin. de iureiurando p. 319. sqq. sagen, noch nicht aufgeklärt scheinen.

§. 805. Von der Stipulation.

Das Wesen der Stipulation besteht darinn, daß ich den andern frage, ob er mir etwas leisten wolle, und daß er passend und sogleich darauf antwortet. Man konnte also die Stipulation bey allen Contracten anbringen. Wenn ich einem z. E. etwas abkaufte, so konnte man den Kaufcontract durch eine Stipulation bestärken. Ich fragte den Verkäufer, ob er mir die Waare überlassen wolle, er antwortete passend und sogleich darauf, daß er es thun wolle. Nun fragte er mich, ob ich ihm den Kaufschilling bezahlen wolle, und auch ich gab sogleich eine passende Antwort. Hauptsächlich aber wurde die Stipulation bey solchen Verträgen gebraucht, welche an sich selbst pacta nuda waren, und daher ohne diese Bestätigung keine Klage producirten. Noch ist zu bemerken, 1) daß stipulari, in eigentlichem Verstande genommen, nicht versprechen heißt, sondern sich versprechen lassen. Daher heißt *stipulans* oder *stipulator* der, welcher sich versprechen läßt. Indessen wurde doch stipulari auch zuweilen für versprechen gebraucht (*[1]). 2) Die Stipulation ist ein Unilateralcontract, nur Einer verspricht. Verspricht der andere dem ersten auch etwas, so ist es eine doppelte wechselsweise Stipulation; es sind zwey Contracte.

(1) *Brissonius* de verb. signif. voc. stipulari.

§. 806. Erfordernisse derselben.

Die Stipulation erfordert 1) eine Frage und eine darauf passende Antwort. Das heißt, die Antwort muß eben das enthalten, was in der Frage begriffen ist. Wenn ich frage: dabisne mihi equum, und er sagte: dabo bovem, so war die Antwort nicht passend (* 1). 2) Die Antwort muß sogleich erfolgen. Wenn ich einen heut frage, und er erst morgen antwortet: so kann es seyn, daß ich mich während dieser Zeit anderst besonnen habe. 3) Sowohl die Frage als Antwort muß mündlich geschehen; die Contrahenten müssen also einander gegenwärtig; sie müssen auch nicht taub oder stumm seyn. Die Frage und Antwort mußte aber endlich 4) in feyerliche Worte, verba *civilia*, *legitima*, *directa* eingekleidet werden. Wie diese Formeln lauteten, weiß man nicht mehr. Doch Eine steht in der L. 50. D. de verb. obligat. Wenn ich einem eine Erbschaft verkaufte, so fragte der Käufer: quanta pecunia ad te ex hereditate illa pervenerit, dolove malo tuo factum est eritve, quominus perveniat, tantam praestabis? Ausserdem bemerke man noch: 5) Die Stipulation wurde gebraucht, theils um blosse pacta verbindlich zu machen, theils um Contracte, die schon obligatorisch waren, noch mehr zu bestärken, und die Prästationen noch genauer zu bestimmen. Jede Stipulation setzt also einen Vertrag, causam praecedentem voraus, und ist nicht verbindlich, wenn diese causa iniusta ist (* 2).

(1) Wenn indessen der Stipulator in die unpassende Antwort willigte, und der Vertrag als ein Consensualcontract gelten konnte, so galt er. So ist L. 35. §. 2. D. h. t. zu verstehen, wo es heißt: si tamen consentitur in id, quod responsum est, valet, quod actum est. Quia hi contractus non tam verbis, quam consensu confirmantur. *Marckart* probabil. recept. lect. part. 1. pag. 163. sqq.

(2) *Vinn.* ad pr. I. h. t. n. 5.

§. 807. Sie ist entweder certa oder incerta.

Wenn der Gegenstand der Stipulation völlig bestimmt ist, so, daß es nicht vom Versprechenden abhängt, etwas besseres oder schlechteres zu leisten; also wenn ich mir eine bestimmte Sache, ein individuum, oder, wie die Juristen sagen, eine speciem; desgleichen wenn ich mir eine Quantität, z. E. 100 Thaler versprechen lasse, so heißt es *stipulatio certa* oder *certi*. Ist hingegen das Object nicht so genau bestimmt, ich lasse mir ein genus z. E. eine unbestimmte goldne Uhr, ein unbestimmtes Reitpferd oder auch ein factum versprechen, so heißt es stipulatio *incerta* oder *incerti*.

§. 808. Die Stipulation ist entweder pura, oder conditionata, oder sub die.

Man kann sich auf dreyerley Art versprechen lassen, 1) unter einer Bedin-

gung; 2) mit Beyfügung einer Zeit; 3) ohne Beyſatz einer Zeit oder Bedingung. Daher iſt die Stipulation entweder *conditionata*, oder *ſub die concepta*, oder *pura*. Die ſtipulatio ſub die, iſt entweder *in diem* oder *ex die*. (§. 742.) Wenn ich mir etwas auf eine gewiſſe Zeit (in diem) ſtipulirte; z. E. zehen Jahre lang alljährlich 100 Thlr. ſo konnte ich es nach dem ſtrengen Rechte ewig, auch nach Ablauf der geſetzten Zeit fordern. Den Grund dieſer ſonderbaren Verordnung begreife ich nicht. Man führt zwar an, tempus non eſſe modum tollendi obligationes, oder wie Juſtinian §. 3. h. t. ſagt: *ad tempus non poteſt deberi*. Aber was heißt das? (* 1) Der Prätor ſah auch das Unvernünftige dieſer Sache ein, und gab daher dem Schuldner, wenn er nach Ablauf der geſetzten Zeit noch belangt wurde, exceptionem doli mali oder pacti conventi. Noch eine Diſtinction der Stipulation iſt übrig. Einige neuere Juriſten theilen ſie in *veram* und *fictam* ein. Nemlich die Ehefrau kann ihr Eingebrachtes actione ex ſtipulatu zurück fordern, ob ſie ſich gleich die Zurückgabe nicht ſtipulirt hat. Die Stipulation, welche in dieſem Fall von den Geſetzen fingirt wird, nennt man ſtipulationem fictam oder interpretativam (* 2).

(1) *Gundling* in Gundlingian. part. 15. num. 4. will zwar der Sache einen vernünftigen Anſtrich geben, aber mit welchem Glücke, mögen andere beurtheilen.
(2) *Melch. Dethm. Grolmann* diſſ. de ſtipulatione interpretativa, Gieſſ. 1710.

§. 809. Von der actione ex ſtipulatu.

Die Stipulation iſt ein einſeitiger Contract; der eine Theil läßt ſich nur vom andern verſprechen. Wenn ſich auch der andere vom erſten verſprechen läßt: ſo iſt es eine doppelte Stipulation. Daher entſteht aus der Stipulation auch nur Eine Klage, die actio ex ſtipulatu. Sie heißt übrigens actio ex ſtipulatu certi, wenn man auf ein individuum oder auf eine Quantität klagt; actio incerti, wenn man ein genus oder ein factum fordert.

§. 810. Ihre Erklärung.

Der ſtipulans, das heißt der, welcher ſich hat verſprechen laſſen, oder ſein Erbe ſtellt ſie an gegen den Promiſſor oder deſſen Erben, daß er die verſprochene Sache geben, das verſprochene factum thun ſoll.

§. 811. Deutſches Recht.

Kayſer Leo hat die ſollenne Formeln bey der Stipulation abgeſchafft, aber darum kam die Stipulation nicht ab, darum hörte der Unterſchied zwiſchen Stipulationen und nudis pactis nicht auf (* 1). Denn die Stipulation unterſchied ſich noch immer von andern Verträgen durch die ihr weſentliche mündliche Frage, und darauf ſogleich erfolgende paſſende Antwort (* 2). In Deutſchland aber hat man nie von Stipulationen etwas gewußt; hat auch dieſelbe

ſelbe mit dem Römiſchen Recht nicht recipirt. Im gemeinen Leben braucht man zwar das Wort ſtipuliren ſtatt verſprechen häufig genug; aber die Römiſche feyerliche Stipulation iſt darum nicht gewöhnlich. Bey uns bringt, wie wir oben (§. 747.) gehört haben, jeder Vertrag, der nicht beſonders in den Geſetzen für ungiltig erklärt iſt, eine Klage hervor; es mag nun eine Frage und Antwort dabey geſchehen oder nicht geſchehen ſeyn.

(1) Wie *Leyſer* ſp. 39. med. 5. glaubt.
(2) *Burgii* electo. cap. 11. in theſaur. *Otton.* tom. 1. pag. 328. *Voorda* electo. cap. 21. p. 198. ſqq. *Müller* ad *Leyſer* obſ. 152.

TIT. XVII.

DE DUOBUS REIS STIPULANDI ET PROMITTENDI.

§. 812. Was heißt in ſolidum ſchuldig ſeyn oder fordern?

Das Römiſche Recht hat zwey Regeln, welche mit ihren Ausnahmen in dieſem Titel erklärt werden. Die erſte heißt: mehrere Perſonen, die zuſammen etwas ſchuldig ſind, müſſen pro rata, das heißt, jeder muß für ſeinen Antheil haften. Wenn z. E. einer ſtirbt, der mir 30 Thlr. ſchuldig iſt, und drey Erben hinterläßt: ſo kann ich jeden auf 10 Thlr. belangen. Die zweyte Regel iſt: mehrere, welche eine und dieſelbe Sache zu fordern haben, participiren daran pro rata; das heißt, jeder kann ſeinen Antheil fordern. Z. E. wenn ich einem 30 Thlr. ſchuldig bin, er ſtirbt, und drey Erben hinterläßt: ſo kann mich jeder Erbe auf 10 Thlr. belangen.

Dieſe Regeln aber leiden zuweilen ihre Ausnahmen. 1) Zuweilen ſind mehrere Perſonen etwas *in ſolidum* ſchuldig; das heißt, ſie ſind ein und dieſelbe Sache ſchuldig, und zwar ſo, daß jeder für das Ganze haften muß; wenn aber einer das Ganze bezahlt hat, die übrigen frey ſind; z. E. drey Perſonen ſind 30 Thlr. ſchuldig, und der Gläubiger kann gegen jeden auf die ganze Summe klagen. Erhält er ſie von Einem: ſo ſind die andern von aller Verbindlichkeit los. Zuweilen haben 2) mehrere Perſonen eine Sache *in ſolidum*, das heißt dergeſtalt zu fordern, daß jeder das Ganze fordern kann; aber wenn er es fordert und erhält, die andern nichts mehr prätendiren können, z. E. drey Perſonen haben 30 Thlr. dergeſtalt von mir zu fordern, daß jeder dieſe ganze Summe verlangen kann; daß aber, wenn er ſie verlangt, und ich ſie ihm bezahle, die übrigen keine Anſprüche mehr an mich haben.

§. 813. Was ſind correi debendi und credendi?

Die, welche etwas in ſolidum ſchuldig ſind, heiſſen *rei debendi* oder *cor-*

rei debendi; und die, welche etwas in solidum zu fordern haben, *rei* oder *correi credendi*. Also *obligatio correalis* ist eine solche, die mehrere Personen dergestalt betrift, daß sie einem jeden ganz zusteht. Sind mehrere etwas in solidum schuldig: so sagt man, es ist eine *obligatio correalis passiva* vorhanden; haben aber mehrere etwas in solidum zu fordern: so heißt es *obligatio correalis activa*.

Die Anmerkung sagt: reus bedeutet zwar gewöhnlich nur einen, der etwas schuldig ist, und daher scheint es seltsam und widersprechend, daß man hier solche Personen, welche etwas zu fordern haben, correos nennt. Allein bey den alten Lateinern hieß reus überhaupt der Interessent bey einer Verbindlichkeit, er mochte nun Schuldner oder Gläubiger seyn; daher ist in dem Ausdruck correus credendi kein Widerspruch.

§. 814. Quellen der Correalobligation.

Die active Correalobligation, kann durch Gesetze, Testament und Verträge entstehen. Durch Gesetze, wenn mehrere zusammen mir eine Sache in Verwahrung geben; (* 1) durch Testament, wenn der Testirer gesagt hätte: dem A. oder B. vermache ich 100 Thlr.; durch Verträge wird sie selten festgesetzt, weil ihr Nutzen gering ist.

Die passive Correalobligation hat vier Quellen. Sie entsteht entweder aus einem Vertrage, oder einem Verbrechen, oder einem Testament, oder unmittelbar aus dem Gesetz. 1) Durch Vertrag kann sie in allen Arten von Geschäften festgesetzt werden, z. E. im Darlehn. Wenn ich zwey Leuten 100 Thlr. leihe, und mir ausbedinge, daß mir jeder für die ganze Summe haften müsse: so ist die Correalobligation festgesetzt. Und dieß ist von großem Nutzen. Denn wenn ich mehrere Schuldner habe, die mir 100 Thlr. schuldig, aber nicht in solidum verbunden sind: so habe ich nicht allein die Beschwerlichkeit, daß ich von jedem, auch wenn er abwesend ist, ausser Land wohnt, u. s. w. sein Antheil besonders eintreiben muß; sondern daß auch, wenn einer oder der andere insolvent wird, ich Schaden leide. Sind sie aber in solidum verbunden: so kann ich von jedem die ganze Summe verlangen; ich brauche also dem Abwesenden nicht nachzugehen: und wenn sie auch alle bis auf einen einzigen insolvent sind: so verliere ich nichts. 2) Wenn mehrere mir durch eine unerlaubte Handlung, z. E. Diebstahl, Einschlagung meiner Fenster u. s. w. Schaden thun: so ist jeder verbunden, den Schaden ganz zu ersetzen. 3) Im Testament ist eine Correalobligation festgesetzt, wenn der Testator seinen Erben die Auszahlung eines Vermächtnisses befiehlt, und dabey verordnet, daß jeder in solidum haften solle. 4) Auch die Gesetze haben in einigen Fällen unmittelbar eine Correalobligation festgesetzt. Sie verordnen nemlich, a) daß mehrere

rere tutores und curatores dem Pupillen in solidum verhaftet seyn sollen; und b) daß wenn Kaufleute in Gesellschaft handeln, und zusammen einen Factor bestellen, oder mehrere Personen in Gesellschaft ein Schiff ausrüsten, und einen Setzschiffer (magistrum navis) bestellen, jeder aus den Handlungen des Factors oder Setzschiffers in solidum belangt werden kann. (§. 1146.) c) Wenn ich mehreren eine Sache in Verwahrung gebe, die sich nicht theilen läßt: so muß jeder Depositar für die ganze Sache stehen. d) Mehrere Bürgen haften in solidum. (§. 841.)

(1) L. §. 44. D. depos.

§. 851. Sie wurde bey den Römern durch Stipulation festgesetzt.

Bey den Römern wurde die obligatio correalis hauptsächlich durch Stipulation festgesetzt. Wenn dieß geschah: so hiessen die correi, welche etwas in solidum schuldig waren, *correi promittendi*, und die, welche etwas in solidum zu fordern hatten, *correi stipulandi.*

§. 816. 817. Von den dabey üblichen Formeln.

Die Formel war bey den correis promittendi diese: der Promissar fragte: dabisne mihi mille, und nun antwortete ein Promittent: dabo; der andere: et ego dabo: u. s. w. Hingegen correi stipulandi wurden durch folgende Formel constituirt. Der eine Promissar fragte: spondesne mihi mille, und der andere: spondesne mihi idem mille? Der Promittent antwortete: utrique vestrum dare spondeo. Heutigestags bedient man sich, wenn sich mehrere in solidum verpflichten wollen, der Ausdrücke: einer wolle für alle und alle für einen haften; oder man braucht die lateinische Worte *in solidum*, *correaliter*. Wollen sich mehrere etwas in solidum versprechen lassen: so heißt es: ich verspreche es allen für einen und einem für alle, oder ich verspreche es allen *in solidum*.

§. 818. Natur der passiven Correalverbindlichkeit.

1) Die correi können in solidum, das heißt, jeder kann auf das ganze schuldige Object belangt werden. Indessen kommt ihnen nach der 99. Novelle das *beneficium divisionis* zu, das heißt, wenn ich einen correum auf das Ganze belange, so kann er antworten: hier ist einsweilen mein Antheil, fordere von den übrigen correis auch ihre Antheile; kannst du sie von ihnen nicht erhalten, so will ich den Ueberrest nachzahlen. Man streitet zwar noch darüber, ob allen correis diese Rechtswohlthat zustehe. Allein die richtige Meynung ist doch die bejahende (*[1]). Indessen wird dabey vorausgesetzt, a) daß die übrigen correi anwesend, und b) im Stande zu bezahlen (solvendo) sind. An einen abwesenden correum kann man den Gläubiger nicht verweisen; auch wenn der eine cor-

reus allein bezahlen kann, der andere nicht, so fällt das beneficium divisionis weg. c) Daß die Correalobligation nicht aus einem Verbrechen entstanden ist. Denn wer eine unerlaubte Handlung begeht, kann auf Rechtswohlthaten keinen Anspruch machen. Endlich d) wenn die correi auf das beneficium divisionis ausdrücklich renunciirt haben, so können sie sich nicht darauf berufen. 2) Sobald ein correus durch Zahlung, durch Compensation u. s. w. die Schuld tilgt, so sind auch die andern befreyet.

(1) Wie *Pufendorf* tom. 2. obs. 77. zeigt.

§. 819. Wirkung der activen Correalobligation.

3) Ein correus credendi kann vom Schuldner das ganze schuldige Object verlangen, und dieser kann nicht sagen, er wolle jedem Glaubiger seinen Antheil geben. Wenn z. E. drey Personen A. B. C. 100 Thlr. in solidum an mich zu fordern haben: so muß ich jedem, der es zuerst verlangt, die ganze Summe bezahlen. 4) Wenn ich aber dem einen correo die Schuld abgetragen habe: so können die übrigen keinen Anspruch mehr an mich machen, denn ich war die 100 Thlr. nur Einmal schuldig.

§. 820. Können die correi sich untereinander belangen?

5) Ein correus debendi, welcher das Ganze bezahlt, giebt nichts mehr, als was er zu geben schuldig ist; daher kann er die übrigen correos nicht belangen, daß sie ihm etwas vergüten, ihr Antheil erstatten sollen; (*1) ausgenommen, a) wenn die correi in Gesellschaft stehen: denn was ein Gesellschaftsmitglied für die Societät auslegt, bringt es in den Societätsrechnungen zur Ausgabe; b) wenn sich der correus, welcher bezahlt, die Rechte des Gläubigers cediren läßt. Denn aus diesen kann er die übrige correos belangen. Indessen wenn er sich auch die Rechte nicht cediren läßt, (sagt die Note,) so kann er dennoch, der Billigkeit wegen, nach der Praxis, actionem negotiorum gestorum utilem anstellen. Denn hätte er nicht bezahlt, so hätten sie bezahlen müssen. Er hat also etwas gethan, was den übrigen vortheilhaft ist, hat ein für sie nützliches Geschäft unternommen, (negotia eorum gessit) und kann daher Entschädigung von ihnen fordern. Nur muß die Correalobligation nicht aus einem Verbrechen herrühren. Denn wenn einer von mehreren Delinquenten die Schadensersetzung geleistet hat: so kann er von den andern keine Vergütung verlangen. 6) Ein correus credendi, der sich das Ganze bezahlen läßt, hat nicht mehr bekommen, als er zu fordern hat. Er ist also nicht schuldig mit den übrigen zu theilen; ausgenommen a) wenn die correi in Gesellschaft handeln; denn in diesem Fall muß er das Empfangene in Einnahme bringen; oder

b) wenn

b) wenn es unter den correis ausgemacht worden ist, daß, wer die Schuld eincassiren würde, den übrigen ihren Antheil heraus zahlen solle.

(1) *Faber* coniect. lib. 11. cap. 6. sqq. *Vinn.* ad §. 1. I. h. t. n. 4. Anderer Meynung ist *Bachov* in prot. pag. 620.

TIT. XVIII.

DE STIPULATIONIBUS SERVORUM.

§. 821. Von der Wirkung der Stipulation eines Sclaven.

Ein Sclave ist keine Person, kann nichts eigenes haben, alles was er erwirbt, gehört dem Herrn. Wenn er sich daher etwas stipuliret, so bekommt nicht er, sondern sein Herr ein Recht aus der Stipulation.

TIT. XIX.

DE DIVISIONE STIPULATIONUM.

§. 822. 823. Die Stipulationen sind viererley.

Die Stipulationen wurden meistens von den Contrahenten freywillig eingegangen. Zuweilen aber hielt die Obrigkeit einen Bürgen an, Caution durch Stipulation zu leisten. Die Stipulationen werden daher in *voluntarias s. conventionales*, und *necessarias* abgetheilt. Die necessariae sind dreyerley; einige legte der Prätor selbst auf, andere der iudex pedaneus, noch andere wurden nach Verschiedenheit der Umstände bald vom Prätor, bald von iudice pedaneo auferlegt. Die von der ersten Art heissen *praetoriae*, von der zweyten *iudiciales*, von der dritten *communes*.

Zu den praetoriis werden auch die gerechnet, welche der Policeydirector (aedilis) auflegte. Dieser hielt zuweilen den Verkäufer eines Thieres an, daß er caviren mußte: animal esse sanum, esse, (h. e. edere) bibere ut oportet. Praetoriae waren: cautio damni infecti und legatorum servandorum causa. Iudiciales die cautio de dolo; de persequendo servo, qui in fuga est; de pretio restituendo. Endlich communes die cautio rem pupilli salvam fore und de rato. Was in der Anmerkung von dem Unterschied des Prätors und Juder steht, will ich §. 1128. erklären. Die stipulationes praetoriae und judiciales waren sehr wesentlich verschieden. 1) Die prätorische wurden der Regel nach durch Bürgen oder Pfänder geleistet, die richterliche durch ein bloßes Versprechen. Ich sage,

der

der Regel nach. Eine der mehreren Ausnahmen wird §. 824. vorkommen. 2) Die richterliche Stipulationen waren durchaus *perpetuae*, ihre Wirkung dauerte dreyßig Jahre; die prätorische hingegen, waren zuweilen in dem Falle nemlich, wo eine Strafe beygefügt war, nur *annales* (* 1).

(1) *Mynsinger* h. t. n. 11. sqq.

§. 824. Von der cautione de damno infecto.

Die erste prätorische Caution ist die *de damno infecto*. Wenn ein benachbartes baufälliges Gebäude einfällt, und mir Schaden thut: so ist der Eigenthümer nicht schlechterdings verbunden, mir den Schaden zu ersetzen, sondern er hat die Wahl, ob er dieß thun, oder mir die heruntergefallenen Materialien zur Entschädigung überlassen will. Dabey aber kann ich sehr zu kurz kommen; der Schaden kann viel beträchtlicher seyn, als der Werth der Materialien. Ich muß mir also durch die cautionem damni infecti helfen. Bey den Römern zeigte man dem Prätor die Sache an, und dieser befahl dem Besitzer (* 1) des Gebäudes, Caution zu stellen. Wenn dieses geschehen war: so mußte er den Schaden ersetzen, und konnte mir die Materialien nicht an Zahlungsstatt geben. Befolgte aber der Besitzer den Befehl des Prätors nicht: so setzte mich dieser in den Mitbesitz des Hauses. Das hieß *immissio ex primo decreto*. Bewog dieses Zwangsmittel den Besitzer nicht, die Caution zu leisten: so ermittirte ihn der Prätor gänzlich, und setzte mich allein in die Possession. Dieses hieß *immissio ex secundo decreto*. Zu bemerken ist: 1) daß der Besitzer des baufälligen Hauses, wenn er nicht Eigenthümer war, die Caution de damno infecto durch Bürgen leisten mußte, anstatt, daß sie der Eigenthümer durch ein bloses Versprechen leistete (* 2). 2) Daß diese Caution nur auf eine gewisse Zeit geleistet wurde, z. E. auf den Fall, wenn das Haus innerhalb eines Jahres einstürzen würde. War diese Zeit verflossen und das Haus stand noch, war aber immer noch baufällig, so konnten die Nachbarn aufs neue um die Cautionsleistung bitten (* 3).

Heutigestags ist die immissio ex primo et secundo decreto als ein sehr unschickliches Zwangsmittel gar nicht gewöhnlich. Hat Jemand ein baufälliges Gebäude, und die Nachbarn beschweren sich: so giebt die Obrigkeit einen Befehl zur Reparatur. Dieß befolgt entweder der Besitzer oder nicht. Im letztern Fall veranstaltet entweder die Obrigkeit die Reparation, und treibt die Kosten executivisch ein, oder verkauft das Gebäude mit dem Beding, daß es der Käufer reparire; oder sie verkauft es auf Abbruch, oder läßt es selbst abbrechen (* 4).

(1) Dieser ist entweder Eigenthümer, oder hat ein anderes ius in re; loco domini habebatur, wie unser Autor sagt; das heißt, er hat ein Pfandrecht, oder den Nießbrauch, oder eine Realservitut.

(2) *Titius*

(4) *Titius* in iur. privat. lib. 3. cap. 19. §. 21. behauptet, daß heutigestags der Besitzer eines baufälligen Hauses den durch Einsturz den Nachbarn zugefügten Schaden schlechterdings, wenn er auch keine Caution geleistet habe, ersetzen müsse, welches der Vernunft freylich gemäß ist. Aber andere, z. E. *Thomasius* in not. ad Pand. tit. de damno infect. *Stryk* us. mod. eod. tit. §. 2. *Hellfeld* iurispr. for. §. 1682. vertheidigen die Giltigkeit des Römischen Rechtes.

§. 825. Cautio legatorum nomine.

Wenn mir Jemand ein Vermächtniß unter einer Bedingung oder von einer gewissen Zeit an verläßt, so muß ich die Erfüllung der Bedingung oder den Ablauf der Zeit abwarten. Gesetzt aber, ich muß befürchten, daß bis dahin der Erbe alles aufgezehrt haben, und mir das leere Nachsehn bleiben werde. In diesem Fall kann ich von dem Erben Caution verlangen, daß er mir zu seiner Zeit das Vermächtniß auszahlen wolle, und diese heißt *cautio legatorum servandorum causa.* Ein gleiches hat statt, wenn einem *legatario* auferlegt ist, mir ein Vermächtniß zu bezahlen, und ich befürchten muß, darum zu kommen.

§. 826. Cautio de dolo.

Die Fälle, wo die Caution *de dolo* vorkommen kann, sind mancherley. So oft nemlich im Proceß ein dolus zu befürchten ist: so kann man diese Caution verlangen. Z. E. ich führe mit Jemand Proceß über einen Wald, den er besitzt; er fängt während des Processes an, mit dem Walde dergestalt umzugehen, daß ich befürchten muß, er wird ihn bis zum Ausgang des Streits gänzlich ruiniren. Unter diesen Umständen kann ich cautionem de dolo fordern; ich kann aber auch um Sequestration der Sache bitten. (§. 786.)

§. 827. Cautio de persequendo servo.

Wenn ich durch eine richterliche Sentenz angewiesen worden war, einen Sklaven herauszugeben; dieser aber die Flucht ergriff: so mußte ich Caution leisten, daß ich ihn aufsuchen lassen wollte; und diese heißt *cautio de persequendo servo.* Daß diese Caution bey uns wenig oder gar nicht vorkommen könne, fällt in die Augen.

§. 828. Cautio de pretio restituendo.

Wenn ich Jemanden eine Servitut verspreche: so muß jeder meiner Miterben für die ganze Servitut haften; (§. 351. Num. 3.) daher kann bey der Erbvertheilung jeder Miterbe von den übrigen Caution fordern, daß sie auf den Fall, wenn er auf die ganze Servitut belangt, und zu deren Bestellung condemnirt werden wird, ihn schadlos halten wollen (* 1).

(1) Ich habe mit unserm Autor die Caution de persequendo servo und de pre-

tio reſtituendo als zwey verſchiedene Cautionen vorgetragen. Ob aber dieß dem Sinn Juſtinians gemäß ſey, iſt eine andere Frage, oder vielmehr keine Frage. Im §. 1. h. t. heißt es: iudiciales (cautiones) ſunt duntaxat, quae a mero iudicis officio proficiſcuntur, veluti de dolo cautio, vel *de perſequendo ſervo, qui in fuga eſt, reſtituendove pretio.* Nach dieſen Worten, zumal wenn man des Theophilus Paraphraſe dazu nimmt, iſt die Caution de perſoquendo ſervo reſtituendove pretio ein und dieſelbe. Wenn nemlich der mir zugeſprochene Sklave ohne Schuld des Beſitzers entflohen iſt, ſo muß dieſer mir Caution ſtellen, daß er den Sklaven aufſuchen, und wenn er ihn finden würde, ihn entweder von dem Beſitzer vindiciren, und mir überliefern, oder den Werth bezahlen wolle. S. *Cuiac* obſ. lib. 27. cap. 28.

§. 829. Cautio rem pupilli ſalvam fore, und de rato.

Was die cautio rem pupilli ſalvam fore ſey, haben wir oben (§. 232.) gehört. Der Vormund muß nemlich den Pflegbefohlnen Sicherheit ſtellen, daß er ihr Vermögen wohl verwalten, und nach geendigter Vormundſchaft alles vorhandene treulich reſtituiren wolle. Die cautionem de rato beſtellt ein Bevollmächtigter, der keine ordentliche Vollmacht hat. Wenn ich nemlich im Gericht für einen andern als Bevollmächtigter erſcheinen will: ſo muß ich eine nach der Vorſchrift der Geſetze errichtete Vollmacht beybringen. Geſetzt aber ich habe dergleichen nicht: ſo muß ich Caution ſtellen, daß mein Principal (der, für den ich erſcheine) alles, was ich in ſeinem Namen thue, genehmigen werde. (§. 1177.)

§. 830. Von den Conventionalſtipulationen.

Die ſtipulationes conventionales waren ſehr mannigfaltig. Denn faſt allen Contracten fügte man zu mehrerer Bekräftigung eine Stipulation bey; und eben darum iſt es auch nicht nöthig, Exempel davon anzuführen. Sie heiſſen conventionales, weil ſie ſich auf eine ganz freywillige Convention gründen. Die praetoriae und iudiciales ſind auch Conventionen, aber von der Obrigkeit befohlne, keine ganz freye.

§. 831. Vom heutigen Gebrauch dieſer Materie.

1) Bey uns ſind die ſtipulationes praetoriae und iudiciales nicht verſchieden; denn wir haben die Römiſche Verfaſſung, den Unterſchied zwiſchen Prätor und Juder nicht; 2) die vorhin beſchriebene Cautionen kommen größtentheils (*[1]) bey uns auch vor, aber ſie werden nicht durch Stipulationen, durch Formeln, ſondern mit gemeinen, beliebigen Worten, mündlich oder ſchriftlich geleiſtet. Wenn es zur Sicherheit deſſen, der die Caution fordert, nöthig iſt, ſo muß der Cavent ſein Vermögen, ganz oder zum Theil verhypotheciren.

(1) Ich ſage größtentheils, denn man ſehe §. 824. und 827.

TIT.

TIT. XX.

DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.

§. 832. Erste Art von ungiltigen Stipulationen.

Da die Stipulationen eine Gattung der Verträge sind, so erfordern sie alles das zu ihrer Giltigkeit, was jeder Vertrag nöthig hat, wenn er verbindlich seyn soll. Die Eigenschaften eines giltigen Vertrags sind §. 733. 734. 735. 736. 737. und 738. erklärt worden. Alle diese wurden auch zu einer giltigen Stipulation erfordert. Wenn sie nicht diese hatte: so hieß sie *stipulatio inutilis*.

§. 833. Zweyte Art.

Allein es giebt auch Stipulationen, welche zwar die Erfordernisse eines Vertrags überhaupt, aber insonderheit nicht die Erfordernisse einer Stipulation haben. Auch diese sind *inutiles*. Dahin gehört 1) wenn die Antwort nicht zur Frage paßt; z. E. ich fragte: willst du mir 1000 Thlr. leihen, und der andere antwortete: ich will dir 500 leihen. Oder ich fragte unbedingt, er antwortete mit einer Bedingung. 2) Wenn die Contrahenten nicht gegenwärtig waren, und daher die Fragen und Antworten einander durch Briefe oder Boten bekannt machten. Denn es war ein schlechterdings nothwendiges Erforderniß bey der Stipulation, daß der andere meine Frage aus meinem Mund, und ich aus dem seinigen die Antwort selbst hörte.

TIT. XXI.

DE FIDEIUSSORIBUS.

§. 834. Uebergang zu gegenwärtiger Materie.

Wir haben bisher von den Stipulationen gehandelt. Nun wurden aber die Bürgschaften bey den Römern alle durch Stipulationen geleistet. Daher kommen nun die Verfertiger der Institutionen auf die Lehre von der Bürgschaft. Ein allgemeiner Grundsatz dabey ist: sie ist a) ein wichtiges, bedenkliches Geschäft (negotium *grave*); denn der Bürge muß für den Schuldner haften; b) ein negotium *virile;* denn Weibspersonen können nicht Bürge werden; c) ein negotium *civile*. Soldaten und Geistliche können sich nicht giltig verbürgen.

§. 835. Was ist ein Bürge?

Ein Bürge ist eine Person, welche eine fremde Verbindlichkeit durch Stipulation und ohne Novation übernimmt. Also 1) der Bürge übernimmt eine fremde Verbindlichkeit. Man nennt diese Verbindlichkeit *obligationem principalem*, und den, der sie auf sich hat, *debitorem principalem*, Hauptschuldner. 2) Er übernimmt sie durch eine Stipulation; und zwar 3) ohne Novation; das heißt dergestalt, daß der Hauptschuldner nicht befreyet wird.

Drey Geschäfte sind also mit der Bürgschaft nicht zu verwirren: das *constitutum alienum*, das *mandatum qualificatum* und die Expromission. Wenn ich eine fremde Schuld ohne Stipulation durch gemeine Worte (nudis verbis) übernahm: so hieß das Geschäft constitutum alienum. (§. 846.) Mandatum heißt ein Auftrag, eine Commission. Man sehe §. 918. wo eine bestimmtere Erklärung vorkommen wird. Dieser Auftrag besteht entweder darinn, daß ich Jemand ersuche, einem Dritten auf meine Gefahr zu creditiren; ich bitte den A., daß er dem B. borge, und verspreche dafür zu haften, oder nicht. Im ersten Fall heißt es *mandatum qualificatum*, im letztern *simplex*. Das qualificatum kommt darinn mit der Bürgschaft überein: wer einen solchen Auftrag giebt, der *mandator*, muß haften, so gut wie ein Bürge. Aber der Unterschied liegt darinn: der Bürge verspricht nur für die Schuld zu haften, die schon vorhanden ist, oder noch contrahirt werden soll. Der mandator aber bittet mich, einem Dritten zu creditiren, und verspricht zugleich für die Schuld zu haften (* 1). Endlich Expromission ist der Vertrag, da man die Verbindlichkeit eines andern auf sich nimmt, dergestalt, daß dieser gänzlich davon befreyet wird (novando). Man sehe den §. 989. Der Unterschied dieses Vertrags und der Bürgschaft ist also offenbar.

(1) Ausführlich handelt von diesem Unterschied *Voorda* elector. cap. 7.

§. 836. Axiomen von der Bürgschaft.

Die Grundsätze bey der Bürgschaft sind also: 1) die Bürgschaft ist ein Vertrag, und zwar eine Stipulation. 2) Sie ist ein wichtiges, männliches und Civilgeschäft. (§. 834.) 3) Sie ist ein accessorischer Contract. (§. 752.) 4) Der Bürge wird nur in subsidium verpflichtet; das heißt alsdann erst, wenn der Hauptschuldner nicht bezahlt; wofern er sich anders auf das *beneficium ordinis* beruft.

Nemlich a) nach dem ältesten Römischen Recht mußte man den Hauptschuldner zuerst belangen, ehe man den Bürgen angreifen konnte. Justinian sagt in der vierten Novelle, dieß sey durch ein altes Gesetz verordnet gewesen. Was es aber für ein Gesetz war, weiß man nicht. Cujaz in seinen Anmerkungen

kungen über diese Novelle glaubt, es sey ein Zwölftafelgesetz. b) In den mittlern Zeiten konnte der Gläubiger zuerst belangen, wen er wollte, den Hauptschuldner oder Bürgen. Ja er konnte sogar variiren; z. E. zuerst den Hauptschuldner belangen, diese Klage liegen lassen, und nun den Bürgen angreifen. Zu welcher Zeit dieses Recht aufgekommen ist, weiß man nicht. So viel ist gewiß, daß es zu Cicero's Zeit galt (* 1). c) Endlich publicirte Justinian die 4. Novelle, zog das alte Recht wieder hervor, und verordnete: der Glaubiger solle den Hauptschuldner, wofern dieser gegenwärtig wäre, vor dem Bürgen belangen; und wenn der Bürge zuerst belangt würde, solle er die exceptionem ordinis oder excussionis opponiren, er soll fordern können, daß man in der gehörigen **Ordnung** verfahre, und den Hauptschuldner zuerst ausklage (ut excutiatur debitor principalis); das heißt, ihn belange, und die Sache bis zur Execution treibe. Also dem Gläubiger ist es nicht verwehrt, den Bürgen zuerst zu belangen; wenn er ihn zuerst belangt, so ist die Klage nicht unstatthaft, so, daß der Richter amtshalben (ex officio) den Kläger abweisen müßte oder könnte. Nein, sondern der Bürge muß sich auf das beneficium ordinis berufen; thut er dieß nicht, so wird er zur Zahlung condemnirt (* 2).

(1) Man sehe dessen Epist. ad Att. lib. 16. ep. 15.
(2) *Sande* decis. fris. lib. 1. tit. 7. def. 2. *Gail* lib. 2. obs. 27. n. 3. et obs. 46. n. 19. *Zaunschliffer* tract. de offic. iud. suppletor. p. 2. concl. 11. §. 3. in opp. p. 88. *Lauterbach* diss. de benefic. excuss. th. 45. *Eb. Christoph Canz* diss. quaestiones quaedam de beneficio ordinis. (Tubing. 1770.) §. 7.

§. 837. Wer kann sich verbürgen?

Die Bürgschaft ist ein Vertrag; sie kann also 1) nur von solchen Personen geleistet werden, welche durch Verträge über ihr Vermögen disponiren können; also nicht von Blödsinnigen, Rasenden, Kindern, oder der Kindheit noch nahen Personen (infantiae proximis). Auch erklärte Verschwender, Unmündige und Minderjährige können ohne Einwilligung ihrer Vormünder sich nicht verbürgen. Taube und Stumme konnten nach Römischem Recht nicht Bürge werden, weil sie keine Stipulation schliessen konnten, und die Bürgschaft durch Stipulation geschah. (§. 806. Num. 3.) Heutigestags aber können sich dergleichen Personen gar wohl verbürgen, wenn sie nur im Stand sind ihre Gedanken auszudrücken.

§. 838. Fortsetzung.

Die Bürgschaft ist ein männliches und Civilgeschäft. Daher können sich 2) Weibspersonen nicht verbürgen (* 1). Dieß ist zuerst durch den Vellejanischen Rathschluß festgesetzt worden. Er verbietet die Interceſſionen (* 2)

allen Weibspersonen überhaupt. In der Novelle 134. Cap. 8. und der daraus gezogenen Auth si qua mulier Cod. ad SCtum Velleian. wird die Intercession einer Ehefrau für ihren Mann, und zwar noch stärker verboten, als im SCto Velleiano geschehen war. Nemlich a) eine Intercession für den Ehemann ist *ipso iure* null; so daß der Richter die Ehefrau nicht verurtheilen kann, wenn sie auch gleich die exceptionem Authenticae si qua mulier nicht opponirt. Hingegen die Intercession für einen andern ist nicht immer *ipso iure* ungiltig. Bey dieser ist ein Unterschied zu machen, ob sie in einem öffentlichen oder in einem Privatinstrument geschehen ist. Im letzten Fall ist sie ganz ungiltig, im ersten aber gilt sie *ipso iure*, das heißt, wenn die Weibsperson belangt wird, und die exceptionem SCti Velleiani nicht entgegengesetzt: so wird sie mit Recht zur Zahlung angewiesen. b) Eine Intercession für einen Fremden, (das heißt, der nicht der Bürgin Ehemann ist), ist giltig, wenn sie nach zwey Jahren wiederholt wird. Hingegen die Intercession für den Ehemann gilt nicht, wenn sie auch noch so oft wiederholt würde. c) Dem Vellejanischen Rathschluß kann nach der in der Praxis angenommenen Meynung giltig renunciirt werden, und zwar ohne Eid. Hingegen der Auth. si qua mulier kann nach dem Gerichtsbrauch vieler Orten nicht anders als eidlich entsagt werden (* 3). Soldaten können sich nicht giltig verbürgen. Verschiedene Juristen glauben zwar, ein Soldat sey ein giltiger aber kein guter Bürge, wofern er keine liegende Güter besitze; (fideiussor habilis sed non idoneus), er habe meistens nicht so viel Vermögen, daß man sich an ihm erholen könne. Allein unsre Meynung ist in den deutlichsten Gesetzen (* 4) gegründet (* 5). Nur fragt sich, ob diese Gesetze in unsern Gerichten gelten. Dieß leugnen einige (* 6); aber die meiste und bewährteste Rechtsgelehrten vertheidigen deren heutige Giltigkeit (* 7). 4) Die Bürgschaft eines Geistlichen für einen Layen ist nach dem Römischen Recht in gewissen Fällen ungiltig. Nach dem canonischen Recht ist es streitig, ob ein Geistlicher sich verbürgen könne. Die richtigere Meynung ist die bejahende. Daher sind auch bey den Protestanten die Bürgschaften der Geistlichen giltig (* 8).

(1) Der Grund des Gesetzes, wie Papinian in der L. 2. §. 2. ad SC. Vell. sagt, *imbecillitas sexus*. Die Gesetzgeber glauben, eine Weibsperson sey zu einer Bürgschaft allzu leicht zu bereden.

(2) Eine Weibsperson nemlich intercediret für einen andern, 1) wenn sie zwar in eignem Namen, aber doch zu eines andern Nutzen contrahiret, z. E. sie läßt bey einem Kaufmann Waaren auf ihr Conto holen, und giebt sie mir; 2) wenn sie eine fremde Schuld durch eine Bürgschaft, constitutum (§. 846.) mandatum qualificatum (§. 835.) als correa, (§. 813.) oder durch Expromission (§. 989.) übernimmt; 3) wenn sie ihre Sachen hergiebt, daß sie zum Nutzen eines andern verpfändet werden. S. *Lauterbach* coll. th. pr. tit. ad SC. Velleian. §. 7. sqq.

Die

Die Geschichte des Vellejanischen Rathsschlusses giebt *Iust. Frid. Lud. Engelbrecht* diss. ad SC. Velleianum, de historia SC. Velleian. et eius renunciatione generatim. Goett. 1749.

(3) Ob eine Weibsperson nach Römischem Recht dem SCto Velleiano renunciiren könne, ist sehr bestritten. *I. H. Boehmer* diss. de efficaci mulierum intercess. in exerc. ad Pand. tom. 3. pag. 351. sqq. Joh. Georg Schlitte in einer Abhandlung die im Schottischen juristi. Wochenblatt, 3. B. 563. u. f. f. S. steht. Röslin von weibl. Rechten, 2. B. 163. u. f. f. S. und andere behaupten; *Averan.* lib. 2. interpret. iur. cap. 5. *Engelbrecht* diss. cit. cap. 2. §. 3. sqq. *Hellfeld* commentat. de interces. mulier. et SCto Velleian. §. 37. sqq. in opusc. p. 305. sqq. und andere verneinen es. In der Praxis ist die bejahende Meynung angenommen. Ob die Ehefrau der auth. si qua mul. ohne Eid entsagen könne, ist ebenfalls controvers. Läßt man die Entsagung auf das SC. Velleianum ohne Eid zu, so kann man auch eine solche Renunciation auf die auth. si qua mul. nicht mit Grund für ungiltig halten. *Hahn* ad *Wesenbec.* tit. ad SCtum Vellei. n. 9. *Boehmer* diss. cit. cap. 3. §. 8. not ll. Unterdessen ist an vielen Orten nach dem Gerichtsbrauch eine eidliche Entsagung erforderlich, und rathsamer ist es allemal, daß der Gläubiger auf eine beschworne Renunciation dringe, da so viele Juristen, z. E. *Cothmann* vol. 5. resp. 48. n. 3. *Brunnemann* ad L. fin. D. ad SC. Vell. n. 16. *Mev.* p. 7. dec. 229. n. 1. die unbeschworne Renunciation der Eheweiber für ungiltig halten.

(4) Man sehe L. 8. cit. L. 31. Cod. locati.

(5) *Io. Lud. Schmidt* de fideiussore plane non obligato, §. 71. sqq.

(6) Z. E. *Ayrer* progr. de fideiussore milite, §. 10. sqq. in opusc. tom. 1. n. 7.

(7) *Lauterbach* coll. th. pr. tit. de fideiuss. §. 13. *Berger* O. I. lib. 3. tit. 3. §. 8. *Leyser* sp. 523. med. 3. 4.

(8) *Reinharth* ad *Christin.* V. 28. *Pufendorf* tom. 3. obs. 77. Anderer Meynung ist *Leyser* sp. 523: m. 3. *Walch* controvers. pag. 347. Auch *Schmidt* l. c. §. 65. hält die Bürgschaft eines Geistlichen für einen Layen, ausser, wenn der Schuldner arm ist, für ungiltig.

§. 839. Für welche Verbindlichkeit kann man sich verbürgen?

Die Bürgschaft ist ein accessorischer Contract. Daher kann man 1) sich der Regel nach für alle aus einem Contract entstandene Verbindlichkeit verbürgen. Auch a) für blos natürliche Obligationen (* 1), wenn sie nur nicht von den bürgerlichen Gesetzen zernichtet sind (* 2). b) Für blos bürgerliche Verbindlichkeiten, wofern sie anderst wirksam sind; denn sind sie unwirksam, so kann sich der Bürge mit derselben Exception schützen, welche dem Hauptschuldner zusteht (* 3). (§. 727. 728.) c) Für Verbindlichkeiten, die aus einem Verbrechen entstehen, wenn die Rede von der Ersetzung des Schadens oder einer Geldstrafe ist. Denn wenn Jemand zu einer Leibes- oder Lebensstrafe verurtheilt ist: so wird kein Bürge angenommen. Der Grund ist leicht

ein-

einzusehen. Dem Beschädigten ist es einerley, wer ihm den Schaden ersetzt, und dem Fiscus, wer ihm die Geldstrafe erlegt, der Bürge oder Hauptschuldner; und der Bürge kann ja seinen Regreß an den Hauptschuldner nehmen. Aber der Zweck der Leibesstrafen ist, den Delinquenten, durch die ihm verursachte Schmerzen, von neuen Verbrechen abzuschrecken; und der Zweck der Lebensstrafen, den Delinquenten ausser Stand zu setzen, noch mehr Verbrechen zu begehen. Keiner dieser Endzwecke würde erreicht werden, wenn man den Bürgen strafte.

Merkwürdig ist, wie die Note sagt, daß das Römische Recht der Frau nicht erlaubt, wegen ihres Eingebrachten von dem Ehemann Bürgen zu fordern, sondern daß eine solche Bürgschaft ungiltig ist; da doch die Frau Pfänder zur Sicherheit verlangen kann, und die Verpfändung giltig ist. Der Grund, welcher in der L. 2. C. cit. angeführt wird, ist: ne causa perfidiae in connubio generetur. Es würde ein Mißtrauen verrathen, und Gelegenheiten zu Zwistigkeiten geben, wenn die Frau Bürgen fordern wollte. Man sieht aber ohne mein Erinnern, daß dieser Grund nicht befriedigend ist. Daher behaupten auch die meiste Rechtsgelehrte (*4), daß heutigestages eine solche Bürgschaft gelte.

(1) Eine Ausnahme ist bey dem filio familias, der etwas aus einem Darlehn schuldig ist. Für diese Schuld kann sich niemand giltig verbürgen, ob sie gleich nicht zernichtet ist. (§. 727.) L. 9. §. 3. D. de SC. Maced. *Püttmann* probabil. lib. 1. cap. 19.
(2) Z. E. für eine Spielschuld. Strube rechtl. Bed. 4. Th. 334. Seite.
(3) L. 12. Cod. de non num. pec. *Vinn.* l. c.
(4) *Leyser* sp. 523. med. 8. *Eisenhard* diss. de fideiussoribus dotis, §. 9. in opusc. p. 32. sqq.

§. 840. Wie kann sich der Bürge verpflichten?

2) Der Bürge kann sich daher zwar a) stärker (magis) verpflichten als der Hauptschuldner; z. E. durch einen Eid, Wechsel; aber b) nicht auf eine höhere Summe (in maius). (*1). Z. E. wenn der Hauptschuldner nur 1000 Thlr. schuldig ist: so kann sich der Bürge nicht zu 1100 verbindlich machen. Allein wenn er es nun thut, ist dann die ganze Bürgschaft ungiltig? Z. E. ist in dem gegebenen Exempel der Bürge zu nichts verbunden, oder muß er für 1000 Thlr. haften? Die richtigere Meynung nach dem Römischen Recht, wo die Fidejussion durch eine Stipulation geschah, ist, daß er für nichts hafte (*2). c) Der Bürge kann sich auch nicht zu härteren Conditionen verpflichten, als der Hauptschuldner; z. E. wenn dieser etwas nur bedingt versprochen hat: so kann sich der Bürge nicht pure verpflichten; wenn der Hauptschuldner verbunden ist, das Bauholz im Wald abzugeben: so kann sich der

Bürge

Bürge nicht verpflichten, es in der Stadt zu liefern. Endlich d) kann sich der Bürge auch nicht zu einer andern Sache verbindlich machen: wenn z. E. der Hauptschuldner 1000 Thlr. schuldig ist: so kann der Bürge nicht ein Stück Wein versprechen (* 3). Der Grund aller dieser Sätze liegt in der Natur der Stipulation und in dem Formularrecht.

3) Sobald die Hauptschuld getilgt wird, hört auch die Verbindlichkeit des Bürgen auf; dieß geschieht unter andern auch alsdann, wenn die Hauptschuld durch die Confusion erlischt; das heißt, wenn der Hauptschuldner Erbe des Gläubigers, oder der Gläubiger Erbe des Schuldners, oder ein dritter Erbe von beyden wird. (§. 981.)

(1) §. 5. I. h. t. sagt: fideiussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur. Nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis; nec plus in accessione potest esse, quam in principali re.

(2) L. 8. §. 7. D. h. t. sagt ausdrücklich: qui in duriorem causam accipiuntur, *omnino* non obligantur. *Of. Aurel.* de variant. *Cuiac.* interpret. dispunct. 51. in *Otton.* thesaur. tom. 3. p. 800. *Averanius* interpret. iur. lib. 2. cap. 3. *Cocceii* iur. controv. tit. de fideiussor. quaest. 7. *Voet.* ibid. §. 4. *Franc. Car. Conradi* diss. de fideiussore, in maiorem summam, quam quae debetur adhibito, Helmst. 1724. *Eiusd.* progr. ad h. diss.

(3) *Averan.* l. c. cap. 4. L. 42. D. h. t. sagt: Si ita fideiussorem accepero, *quod ego decem credidi, de ea pecunia mille modios tritici fide tua esse iubes*, non obligatur fideiussor, quia in aliam rem, quam quae credita est, fideiussor obligari non potest.

§. 841. Wirkungen der fidejussorischen Verbindlichkeit.

Der Bürge ist in subsidium verpflichtet; daraus folgt 1) daß, wenn der Hauptschuldner nicht bezahlt, der Bürge und seine Erben haften müssen. Eine sehr nützliche Cautel ist es daher für den Bürgen, daß er, sobald er merkt, die Vermögensumstände des Hauptschuldners verschlimmern sich, den Gläubiger ex lege si contendat, das heißt, ex L. 28. D. de fideiuss. provocire. Ich, der Bürge, zeige nemlich dem Richter an, daß ich mich verbürgt habe, die Vermögensumstände des Schuldners aber würden bedenklich, ich bäte also den Gläubiger anzuhalten, daß er gegen mich klage. Diese Vorstellung wird dem Gläubiger zur Vernehmlassung mitgetheilt. Nun klagt er entweder gegen mich, oder nicht. Im ersten Fall setze ich ihm die exceptionem ordinis entgegen; welche denn, weil der Schuldner jetzt noch solvendo ist, statt findet, und mir die Absolution von der Klage verschafft. Im letzten Fall aber wird mir meine exceptio ordinis für beständig wirksam (pro perpetua) erklärt; das heißt, ich kann sie opponiren, wenn der Gläubiger auch erst überlängst, zu einer Zeit, da schon der Hauptschuldner völlig verdorben ist, gegen mich

klagt. Es ist zwar noch zweifelhaft, ob die sogenannte provocatio ex lege si contendat wirklich in der L. 28. D. de fideiuss. gegründet sey (*1). Allein in der Praxis ist sie ohne Zweifel angenommen.

2) Mehrere Bürgen haften in solidum, jeder kann also auf die ganze Schuld belangt werden; sie mögen sich nun ausdrücklich in solidum verbunden haben, oder nicht.

3) Zahlt der Hauptschuldner nicht: so wird der Bürge (*2) actione ex stipulatu belangt; er kann aber seinen Regreß an den Hauptschuldner nehmen, entweder durch die actionem mandati contrariam, oder negotiorum gestorum; actione mandati, wenn er von dem Hauptschuldner ersucht worden ist, Bürgschaft zu leisten; negotiorum gestorum, wenn er unersucht die Bürgschaft geleistet hat.

4) Wenn sich Jemand nur auf eine gewisse Zeit verbürgt: so ist er nach Ablauf dieser Zeit gar nicht mehr verbunden. Verbürgt sich aber Jemand für die Schuld einer gewissen Zeit, und diese Zeit ist verflossen, so muß er zwar für das Vergangene, nicht aber für das Künftige haften. Z. E. wenn Jemand ein Haus auf 5 Jahre miethet, und ich mich für das Miethgeld verbürge: so hafte ich für die 5 Jahre. Bleibt der Miethsmann noch länger im Hause wohnen: so bin ich für das Miethgeld der folgenden Jahre nicht verbunden.

(1) Das Gesetz sagt weiter nichts, als: si contendat fideiussor, caeteros solvendo esse, etiam exceptionem ei dandam, *si non et caeteri solvendo sint.* Der Fall ist dieser: der Gläubiger belangt einen aus mehreren Bürgen; dieser setzt ihm die exceptionem divisionis entgegen, und zwar zu der Zeit, da die übrigen Mitbürgen noch solvendo sind. Der Gläubiger aber unterläßt, sie zu belangen, und sie werden in der Folge insolvend. Jetzt belangt der Gläubiger den erstgedachten Bürgen abermal. Kann dieser sich wieder mit der exceptione divisionis schützen? Paullus antwortet, ja. *Meister* diss. de falsa probatione process. provocatorii ex iur. rom. cap. 4. §. 11. sqq. in opusc. vol. 1. pag. 124. sqq.

(2) Auch ihre Erben. *Pufendorf* tom. 4. obs. 86.

§. 842. Von den drey Rechtswohlthaten der Bürgen.

Die Bürgen haben drey Rechtswohlthaten oder Privilegien: das beneficium divisionis, ordinis oder excussionis und cedendarum actionum. Alle drey stimmen darinn überein, daß sie dem Bürgen nur alsdann zu statten kommen, wenn er sich darauf beruft. Wird er belangt, und allegirt sie nicht: so kann der Richter keine Rücksicht darauf nehmen. (§. 836.)

§. 843. Vom beneficio divisionis.

Die Rechtswohlthat der Theilung ist den Bürgen zuerst vom Kayser Hadrian

drian ertheilt worden, und heißt daher auch *beneficium ex epistola D. Hadriani.* Wann nemlich mehrere sich für Eine Schuld verbürgt haben, und alle *solvendo*, auch gegenwärtig sind, einer aber auf das Ganze belangt wird: so kann er verlangen, daß der Kläger vorerst seine, des Beklagten ratam annehme, und die übrigen auch auf ihre Antheile belange.

§. 844. Vom beneficio ordinis oder excussionis.

Die Rechtswohlthat der Excussion hat Justinian in der 4. Novelle dem Bürgen gegeben. Ihre Beschaffenheit habe ich bey dem 836. §. hinlänglich erklärt. Ist es übrigens dem Gläubiger lästig, daß er erst den Hauptschuldner ausklagen soll: so muß er den Bürgen auf diese Rechtswohlthat Verzicht thun lassen. Er kann nemlich verlangen, daß die Clausel in den Bürgschein gesetzt werde: auch entsagt der Bürge dem *beneficio excussionis*, und es soll dem Gläubiger frey stehen, nach Gefallen, entweder den Bürgen oder den Hauptschuldner zu belangen. Die übrigen Fälle, wo diese Rechtswohlthat wegfällt, erklärt am weitläuftigsten Berlich, (* 1) welcher deren vier und neunzig anführt. Die allgemeine Regel ist: in allen Fällen, wo es dem Gläubiger Nachtheil bringen würde, wenn er genöthigt wäre, den Schuldner zu belangen, kann sich der Bürge auf die Wohlthat der Excussion nicht berufen (* 2).

(1) *Berlich* part. 2. Conclus. 24. S. auch *Sommer* diss. de fideiussoribus beneficiis ordinis non gaudentibus Viteb. 1715.
(2) *Canz* diss. cit. de beneficio ordinis, pag. 10. sqq.

§. 845. Vom beneficio cedendarum actionum.

Diese Rechtswohlthat ist wirksam 1) in Ansehung des Hauptschuldners, 2) in Rücksicht der Mitbürgen. Wenn ich mich nehmlich für Jemand verbürge, so hat er mich entweder a) darum ersucht, oder b) ich habe es ohne sein Wissen gethan, oder c) er hat mir's verboten, und ich habe es dennoch gethan, ein Fall, der freylich selten ist. Hat er mich a) um die Bürgschaft ersucht, und ich bezahle als Bürge, so kann ich meinen Regreß gegen den Hauptschuldner actione mandati nehmen. (§. 841.) Es ist also nicht nöthig, daß ich mir die Klage des Gläubigers cediren lasse; indessen kann es nützlich seyn; wenn nemlich diese Klage vortheilhafter als die actio mandati ist. Es kann ja seyn, daß z. E. der Schuldner dem Gläubiger auch noch eine Hypothek gestellt hat. Cedirt mir also dieser seine Rechte, so kann ich die hypothecarische Klage anstellen, welche (als eine Realklage) besser als die actio mandati (eine Personalklage) ist. Habe ich mich b) ohne des Hauptschuldners Vorwissen verbürgt, und bezahle für ihn, so belange ich ihn auf die Entschädigung mittels der

actionis negotiorum gestorum contrariae (§. 841.) Also auch hier ist die cessio actionis nicht nothwendig. Nützlich aber kann sie zuweilen seyn, in demselben Falle nehmlich, den ich so eben angeführt habe, wenn die Klage des Gläubigers vortheilhafter, als die actio negotiorum gestorum ist. Gesetzt endlich, c) ich hätte auch gegen des Schuldners Verbot verbürgt: jetzt kann ich keinen Regreß gegen ihn nehmen, ohne mir die Klage des Gläubigers abtreten zu lassen. Die cessio actionis ist folglich nothwendig.

Der zweyte Fall, wo diese Cession wirksam ist, kommt bey mehreren Mitbürgen vor. Wenn ich mich mit mehreren für einen Menschen verbürgt habe, und aus dieser Bürgschaft auf das Ganze (in solidum) belangt werde, der Fall auch so beschaffen ist, daß ich die exceptionem divisionis nicht opponiren kann, weil z. E. die andere Mitbürgen abwesend sind, (§. 843.) ich also das Ganze bezahlen muß, so muß ich mir, um meine Mitbürgen belangen zu können, die Klage vom Gläubiger abtreten lassen. Ohne diese Cession kann ich nach dem Römischen Recht gegen die Mitbürgen keinen Regreß nehmen (* 1). In der Praxis läßt man aber auch ohne Cession die actionem negotiorum gestorum contrariam zu. (§. 820.) (* 2).

Nach dem strengen Rechte muß die Cession der Rechte geschehen, ehe ich bezahle. Denn sobald die Zahlung geschehen ist, hat der Gläubiger kein Recht mehr, kann also auch keines cediren. Allein die Römischen Juristen sehen in diesem Stücke nicht auf das strenge Recht, sondern auf die Billigkeit. Sie sagen daher, wenn ich unter der Bedingung: daß mir die Rechte cedirt werden, bezahle, so kann die Cession nach der Zahlung geschehen. Wie aber, wenn ich nun diese Bedingung nicht ausdrücklich aushalte, kann ich nach geschehener Zahlung mir noch iura cediren lassen. Jetzt ist die Sache sehr zweifelhaft. L. Modestinus 76 de solut. und L. cum is 36 de fideiuss. sind die Hauptstellen in dieser Materie, über die sehr viel geschrieben worden ist. Ich halte doch die Meynung, daß die Cession auch nach geschehener Zahlung noch statt finde, für die gegründetste (* 3). Denn indem der Bürge bezahlt, so thut er dieß in der Absicht, daß ihm actiones cedirt werden sollen. Es ist also ein pactum tacitum de cedendis actionibus vorhanden.

(1) L. 39. D. h. t. *Pufendorf* tom. 4. obs. 62.

(2) *Mev.* p. 6. D. 387. n. 3. *Berger* oec. iur. p. 457. edit. novissim. th. 14. n. 5. Doch sagen andere z. E. *Wernher* vol. 3. part. 1. obs. 12. n. 23. Diese Praxis sey nicht gewiß.

(3) Dieser Meynung sind auch *Carpzov.* p. 2. c. 17. D. 16. *Struv.* ex. 47. th. 45. *Brunnemann* cent. 3. Dec. 84. *Zaenger* de except. part. 2. cap. 16. n. 32. *Wernher* l. c. n. 124. welcher vorzüglich nachzusehen ist.

§. 846.

§. 846. Vom constituto.

Das Constitutum ist entweder *possessorium* oder *promissorium*. *Constitutum possessorium* ist ein Vertrag, daß ich meine Sache nicht mehr in eignem, sondern in des andern Namen besitzen wolle. Z. E. ich alienire mein Haus, behalte mir aber den Einsitz als usufructuarius, Miethsmann u. s. w. bevor. (§. 874.) *Constitutum promissorium* ist ein Versprechen, das sich auf eine vorhandene Verbindlichkeit bezieht. Es ist entweder proprium oder alienum. Constitutum *proprium* ist vorhanden, wenn ich ein Versprechen thue, das sich auf meine eigene, schon vorhandene Verbindlichkeit bezieht, *alienum*, wenn es auf eine fremde Obligation Bezug hat, das heißt, wenn ein anderer etwas schuldig ist, und ich verspreche entweder eben dieses Object oder etwas anders statt dessen zu leisten. Das constitutum proprium kann 1) in einer blosen Bestärigung der alten Verbindlichkeit bestehen. Man kann aber auch 2) die Verbindlichkeit durch ein *constitutum* ändern, und zwar a) quoad *quantitatem* in minus. Nemlich wenn ich 1000. schuldig war; so kann ich die Schuld durch ein constitutum auf 900. vermindern (*[1]). Wird hingegen im Constitut eine grössere Summe festgesetzt, z. E. ich war 900. schuldig und verspreche 1000: so gilt zwar das Constitut in soweit, daß es die vorige Obligation bestätigt; aber ich kann doch nur auf 900. belangt werden (*[2]). b) Quoad *qualitatem*. Ich kann anstatt der schuldigen Sache constituendo eine andere von gleichem Werthe versprechen (*[3]). c) Quoad *accidentia*. Was ich ex die schuldig war, kann ich pure constituiren, und umgekehrt (*[4]). Ich kann auch den Zahlungstermin constituendo verkürzen. Was ich pure schuldig bin, kann ich bedingungsweise constituiren, und umgekehrt. Doch in diesem letzten Fall, wann ich pure constituire, was ich sub conditione schuldig war, wirkt das constitutum nur eine Bestätigung der ersten Obligation; die Condition aber behält ihre Giltigkeit (*[5]). Man kann ferner constituendo einen Lieferungsort festsetzen; auch den schon bestimmten ändern (*[6]). Endlich kann man constituendo Bürgen zu stellen, oder Pfänder zu geben versprechen (*[7]). 3) Kann die Person des Gläubigers constituendo geändert werden. Was ich dem A. schuldig bin, kann ich mit dessen Einwilligung dem B. constituendo versprechen (*[8]).

Aus allem diesem erhellet, daß es nicht ganz richtig gesprochen ist, was viele Juristen sagen: constitutum est *geminatum pactum*. Denn man kann eine Verbindlichkeit, die aus einem Contract, und einem Delict entstanden ist, zum Gegenstande des constituti machen. Auch umgekehrt ist ein pactum geminatum nicht allezeit ein constitutum. Wenn ich einem heute etwas zusage, was ich schon ehedem versprochen hatte; so ist dieß nicht immer ein constitutum. Die wiederholte Zusage muß in Beziehung auf das vorhergehende Ver-

sprechen, und die daraus entstandene Schuld, geschehen. Denn es war ja ein constitutum, und L. 14. C. de pactis, (II. 13.) den sie allegiren, beweißt, so viel ich einsehe, ihre Meynung nicht (* 9).

Ueber den Grund, warum das constitutum verpflichte, wird gestritten (* 10). Nemlich das constitutum wird nudis verbis geschlossen, wie kommt es, daß es eine Klage producirt? Franzke (* 11) sagt sehr gut: constitutum semper debitum aliquod praesupponit, illique accedit, adeoque in eo de seria et maxima promittentis voluntate certius patet, (quam in aliis pactis nudis.) Der Prätor sah es als ein wohl überlegtes und ernstlich gemeintes pactum an; er hielt es daher für schändlich, wenn einer dieses Pactum nicht halten wollte.

Das constitutum alienum ist von der Bürgschaft verschieden. Denn die Bürgschaft wird durch eine Stipulation geschlossen, das constitutum nudis verbis. Daher ist die Bürgschaft ganz ungiltig, wenn der Bürge sich auf eine höhere Summe oder zu einer andern Sache, oder zu härteren Bedingungen (§. 840.) verpflichtet, das constitutum nicht. Wenn ich auf eine andere Sache constituire, z. E. wenn A. die schuldige 100 Thlr. nicht bezahlt, so will ich dir mein Reitpferd geben, so muß ich diese andere Sache, das Reitpferd geben; und wenn ich auf eine höhere Summe constituire, so gilt der Vertrag quoad concurrentem summam. Z. E. wenn ich mich für eine Schuld von 1000 Thlrn. constituendo auf 1100 Thlr. verpflichte: so muß ich für 1000 haften. Endlich, wenn ich auf härtere Bedingungen constituire: so bin ich zwar nicht zu den härtern Bedingungen, aber doch eben so wie der Hauptschuldner verbunden. Z. E. wenn ich constituendo etwas pure verspreche, was der Hauptschuldner nur conditionate schuldig ist: so bin ich conditionate verpflichtet.

(1) L. 13. D. de constit. pecun. Weber von der natürl. Verbindlichkeit 3. Abtheil. §. 125.
(2) L. 11. sqq. D. L. 2. pr. C. eod. (IV. 18.)
(3) L. 1. §. 5. D. eod.
(4) L. 3. §. 2. D. eod.
(5) L. 19. pr. D. eod.
(6) L. 5. D. eod.
(7) L. 14. §. 1. 2. D. eod.
(8) L. 5. §. 2. D. eod.
(9) Man sehe *Grangian.* in paradox. iur. civ. cap. 38. Thesaur. Ott. tom. 5. p. 632. *Bachov.* de act. disp. 8. n. 3. *Gundling.* part. 20. p. 478. sqq. *Otto* ad §. 9. I. de act. *Schulting* thes. controv. Decad. 47. n. 4.
(10) *Westenberg* de causis obligat. Diss. 7. cap. 6.
(11) *Franzk.* ad Pand. tit. de constit. pec. n. 7.

§. 847.

§. 847. Nutzen des constituti nach Römischem Recht.

Das constitutum war nach Römischem Recht sehr vortheilhaft. Denn ein pactum nudum producirte keine Klage. Wenn ich aber verbis nudis etwas in Rücksicht einer schon vorhandenen Obligation versprach: so gab der Prätor eine Klage daraus, welche actio constitutoria oder de constituta pecunia heist. Sie ist also die Klage, welche der Gläubiger gegen den Constituenten auf die Erfüllung des Versprechens anstellt.

§. 848. Nutzen des constituti in Deutschland.

Bey uns hat das constitutum weniger Nutzen als bey den Römern. Denn ein Versprechen wirkt schon eine Klage; es mag geschehen in Rücksicht einer schon vorhandenen Obligation oder nicht. Indessen giebt es doch Fälle, wo die Wiederholung eines Versprechens wirksam ist. Nemlich 1) hat es zuweilen die Wirkung, daß die exceptio SCti Velleiani wegfällt. (§. 838.) 2) Wirkt es zuweilen, daß einer Handschrift die exceptio non numeratae pecuniae nicht opponirt werden kann; (§. 852.) 3) kann eine Ehefrau, welche in die Veräusserung ihres Dotalgutes, oder der donationis propter nuptias gewilliget, und den Consens nach zwey Jahren wiederholt hat, die Veräusserung nicht umstossen (*[1].) Das constitutum alienum ist heutigestags, da die Fidejussion nicht durch Stipulation geschieht, mit dieser einerley. Will indessen Jemand den Vertrag, wodurch ich mehr oder etwas anders, als die Hauptschuld übernehme, (§. 840.) oder mich härter (in duriorem causam) verpflichte, nicht Fidejussion, sondern constitutum alienum nemen: so werde ich darüber nicht mit ihm streiten. Es ist auch keinem Zweifel unterworfen, daß heutigestages der, welcher einer fremden Verbindlichkeit beytritt, und mehr verspricht, als der Hauptschuldner, dieses mehrere leisten muß; und wer härtere Bedingungen übernimmt, auch diese erfüllen müsse)*[2].

(1) Nov. 61. cap. 1. *Franzk.* resolut. lib. 3. ref. 3. n. 77. p. 278. *Textor* Diss. de effectu geminationis cap. 3. n. 68. in Diss. collect. adpend. p. 180. *Schroeter* Diss. de eo quod. iust. est circ. geminat. §. 20. p. 27.

(2) *Stryk* V. M. tit. de fideiussor. §. 9.

TIT. XXXII.

DE LITTERARUM OBLIGATIONIBUS.

§. 849. Uebergang zu den Literalcontracten.

Die Realcontracte erfordern zu ihrer Giltigkeit die Erfüllung von einem Contrahenten, die Verbalcontracte eine mündlich ausgesprochene Formel, die Consensualcontracte weiter nichts als Einwilligung, endlich die Litte-

Litteralcontracte einen schriftlichen Aufsatz. Die Beschaffenheit dieser letzten Contracte nach altem Römischem Recht ist sehr dunkel und ungewiß. Ich will mich hier dabey nicht aufhalten, (*1) sondern nur das Justinianeische Recht vortragen.

(1) Man sehe *Gundlingiana* part. 40. num. 2. pag. 410. sqq. *Ge. Sam. Madihn* diss. de vera indole litterarum obligationis atque exceptionis non numeratae pecuniae, (Hal. 1760.) §. 2. sqq. *Godofr. Ludw. Menken* diss. de vera indole litterarum obligationis. §. 1. sqq. in opusc. p. 399. sqq. *Franz Ios. Bodtmann* diss. (sub praesid. *Io. Nepomuc. Endres*) περι της εν γραμμασιν ενοχης, seu de litterarum obligatione Wirceb. 1778. *Schumacher* diss. de natura contractus chirographarii iure rom. et veteri et noviore Goett. 1787.

§. 850. Was ist ein Litteralcontract?

Um die Natur des Litteralcontracts deutlich einzusehen, muß man folgendes bemerken. 1) Ein schriftlicher Aufsatz (*scriptura*, *documentum*, *cautio*,) sagt entweder, daß eine gewisse Verbindlichkeit vorhanden, oder daß sie aufgehoben sey. Im letzten Fall heißt er eine Quittung, *apocha*. Z. E. folgender Aufsatz: Daß mir Herr *N.* heute die ihm dargeliehene 1000 Thlr. wieder bezahlt habe, bekenne ich hiermit, ist eine Quittung; denn ich bezeuge, daß die Verbindlichkeit des Schuldners erloschen sey. Im ersten Fall sind sie entweder *syngrapha*, oder *chirographa*. Syngrapha heißt ein Aufsatz, worinn beyde Theile bekennen, daß sie Verbindlichkeiten gegen einander haben. Z. E. ein Kaufbrief, Pachtbrief, u. s. w. Chirographum hingegen, heißt ein Aufsatz, worinn nur Einer bekennt, daß er dem Andern zu etwas verbunden sey; z. E. ein Document, worinn ich bekenne, 1000 Thlr. aus einem Darlehn schuldig zu seyn.

2) Sieht man auf die Wirkungen eines Documents: so ist es zweyerley. Einige Documente nemlich dienen nur zum Beweiß, andere aber produciren eine Verbindlichkeit. Aus einigen kann ich zwar einen Beweis hernehmen: daß ein gewisses factum geschehen sey; aber meinem Gegner ist es nicht verwehrt, das Gegentheil darzuthun. Hingegen giebt es Fälle, wo einer zu bezahlen schuldig ist, weil er sich zu der Schuld schriftlich bekannt hat, und wo er mit dem Beweise, er sey nichts schuldig, das Document sage eine Unwahrheit, gar nicht gehört wird.

Der Regel nach gibt ein Document weiter nichts als Beweis, es wirkt keine Verbindlichkeit; und zwar beydes ohne Rücksicht auf sein Alter.

4) Nur zwey Geschäfte giebt es im Römischen Recht, welche die ganze sonderbare Natur haben, daß ein darüber ausgestelltes Document a) ehe eine gewisse Zeit verflossen ist, nicht einmal einen Beweis giebt; hingegen b) sobald die gesetzte Zeit verstrichen ist, eine Verbindlichkeit wirkt.

5) Die-

5) Diese Geschäfte sind das Darlehn, und die Bestellung eines Brautschatzes, (*datio dotis*).

6) Ein Document, welches über diese Geschäfte ausgestellt ist, und eine Verbindlichkeit wirkt, heißt *litterarum obligatio*, bey den neuern *contractus litteralis* oder *chirographarius* (*[1]).

(1) Ob dieser Contract eine Gattung des Darlehncontracts, mutuum praesumtum, oder ein eigner besonderer Contract, ob er unter die wahre oder Quasicontracte gehöre, ist streitig. S. *Gottlob. Eusеb. Oeltze* diss. (praes. *Ioach. Erdm. Schmidt*) an et quatenus litterarum obligatio in Germania locum habeat? (Ien. 1766.) §. 24.

§. 851. Vom Litteralcontract bey dem Darlehn.

Wenn ich nemlich in einem Schuldschein bekenne, ein Darlehn empfangen zu haben: so werde ich entweder aus dem Scheine belangt, ehe er zwey Jahr alt ist, oder nachdem er das Alter von zwey Jahren erreicht hat. Im ersten Fall entsteht nicht einmal ein Beweis daraus, sondern ich kann die exceptionem non numeratae pecuniae opponiren; sagen, ich hätte den Schuldschein in der Hofnung ausgestellt, Geld darauf zu erhalten; hätte aber nichts erhalten. Dieß hat die Wirkung, daß der Kläger nun auf andere Art, z. E. durch Zeugen, Eydesdelation beweisen muß, daß er mir das Geld dargeliehen habe. Die Ursache dieser seltsamen Verordnung liegt darinn, weil es zuweilen geschieht, daß Jemand, der in Noth ist, einen Schuldschein ausstellt, ehe er noch das Geld bekommen hat, und der Besitzer des Scheines denselben mißbraucht, um daraus zu klagen. Allein diese Fälle sind so selten, daß sie die Römische Verordnung nicht rechtfertigen; wenigstens hätte man keinen so langen Zeitraum, keine zwey Jahre festsetzen sollen (*[1]). Im letzten Fall entsteht eine Verbindlichkeit aus dem Schuldschein, das heißt, der Aussteller desselben muß das Darlehn wiedergeben, dessen Empfang er bekannt hat, ohne daß er mit dem Beweis, er habe nichts bekommen, gehört wird. Der Grund dieser Verordnung liegt darinn, daß es schlechterdings und höchst unglaublich ist, (praesumtio iuris et de iure) der Aussteller einer Handschrift werde nachläßig genug seyn, sie zwey Jahre in fremden Händen zu lassen, ohne Geld empfangen zu haben, und daß, wenn er so äusserst nachlässig wäre, er billig gestraft wird.

(1) Was *Madihn* diss. cit. §. 8. zur Vertheidigung des Römischen Rechts anführt, hat mich nicht überzeugt.

§. 852. Fälle, wo die exceptio N. N. P. nicht statt hat.

Ich habe gesagt: wenn Jemand aus einer Handschrift belangt wird, die noch keine zwey Jahr alt ist, so kann er exceptionem non numeratae pecuniae

opponiren. Damit mir nun nicht einer, dem ich das Geld wirklich auf die Handschrift gegeben habe, diese Ausflucht entgegen setze, so muß ich mich vorsehen, und entweder Zeugen bey der Auszahlung zuziehen, oder den Empfang des Geldes noch besonders bescheinigen lassen. Nemlich die exceptio non numeratae pecuniae fällt weg, 1) wenn der Aussteller unter die Handschrift notirt, oder in einer besondern Quittung bekennt hat, daß die Auszahlung des Geldes geschehen sey. Nur muß das zweyte Bekenntniß nicht zu derselben Zeit, da die Handschrift ausgestellt ist, sondern einige Zeit nachher, (ex intervallo) geschehen. Z. E. die Handschrift heißt: Ich Endesunterschriebener bekenne, daß mir Herr *N.* die Summe von 1000 Thlr. gegen 5 Procent vorgeschossen hat. Frankfurt den 1. März 1778. Unter dieser Handschrift steht: Obige Summe ist mir unter heutigem Datum wirklich ausbezahlt worden. Frankfurt den 3. März 1778. Oder ich schreibe auf ein anderes Papier: daß mir Herr N. die Summe von 1000 Thlr. worüber ich gestern eine Handschrift ausgestellt, heute richtig ausbezahlet, solches bescheinige hiermit. Frankfurt den 2. März 1778. Jetzt fällt die exceptio non numeratae pecuniae weg; zwar nicht nach ausdrücklichen Gesetzen, aber doch nach der Rechtsanalogie und den Grundsätzen der gesunden Vernunft; denn es ist unglaublich, daß Jemand, ohne das Geld empfangen zu haben, eine solche doppelte Versicherung ausstellen werde (*[1]). Sie hat aber auch 2) alsdann nicht statt, wenn der Aussteller etwa ausdrücklich vor Zeugen, oder auch stillschweigend eingestanden hat, daß er Geld auf die Handschrift bekommen habe. Ein Factum, wodurch er den Empfang stillschweigend eingesteht, ist, wenn er Zinsen von der erhaltenen Summe bezahlt. 3) Wenn der Erblasser im Testament den Empfang anerkannt hat, und itzt der Erbe belangt wird. 4) Wenn ein argentarius aus einer Handschrift klagt. Die Argentarien waren eine Art von Banquiers und Maklern, die ihre Wechselbuden auf dem Forum hatten. Sie ließen sich keine Handschriften ausstellen, ohne sogleich zu zahlen, und niemand gab ihnen auch eine Handschrift, ohne baare Zahlung zu bekommen (*[2]).

(1) Struben rechtl. Bed. 4. Th. 276. S.

(2) *Io. Gottfr. Sieber* diss. I. de argentariis, Lipsi. 1737. Diss. II. de argentariis, eorumque inprimis officiis, ibid. 1739. *Hubert* diss. quae de argentariis veterum in *Oelrichs* thes. Diss. Belg. vol. 2. tom. 1. num. 1. et 2.

§. 853. Wie hat sich der Aussteller einer Handschrift gegen Schaden zu sichern?

Wenn eine Handschrift zwey Jahr alt ist: so entsteht eine Verbindlichkeit daraus. Wie habe ich mir also zu helfen, wenn ich eine Handschrift, in der Hofnung Geld zu bekommen, ausgestellt habe, und keines bekomme; folglich in

in Gefahr bin, daß der Besitzer nach zwey Jahren aus dem Schuldschein gegen mich klagen wird? Es giebt in diesem Fall verschiedene Hülfsmittel: 1) ich kann den Schuldschein condictione sine causa zurückfordern; ich kann 2) querelam non numeratae pecuniae anstellen, und bitten, daß mir Beklagter, entweder das Geld auszahlen oder die Handschrift zurückgeben solle; ich kann endlich 3) wenn der Gegentheil abwesend ist, gegen alles aus der Handschrift entstehen könnende Präjudiz gerichtlich protestiren. Wenn ich den letzten Weg erwähle; so wird meine exceptio n. n. p. vom Richter für beständig giltig erklärt; ich kann sie also opponiren, die Handschrift mag so alt werden, als sie will.

§. 854. Vom Litteralcontract bey dem Brautschatze.

Das zweyte Geschäft, bey dem der Litteralcontract eintritt, ist die Bestellung eines Brautschatzes. Wenn der Schwiegersohn einen Handschein ausstellt, worinn er bekennt, von seinem Schwiegervater einen Brautschatz empfangen zu haben: so sind drey Fälle zu unterscheiden. Der erste ist, wann die Ehe binnen zwey Jahren getrennt wird; der zweyte: wann sie nach zwey Jahren, aber doch binnen zehen Jahren geendigt wird; der dritte: wann die Trennung nach zehen Jahren erfolgt.

Man nehme also den ersten Fall an; ich heyrathe am 1. Merz 1778. und stelle meinem Schwiegervater einen Handschein aus, worinn ich bekenne 10000 Thlr. Brautgabe empfangen zu haben. Am 1. Febr. 1770. stirbt meine Ehefrau, die Ehe hat also keine zwey volle Jahre gedauert. In diesem Falle nun klagt der Schwiegervater entweder binnen Einem Jahre auf die Zurückgabe des Heyrathsgutes; oder erst nach Verlauf eines Jahres. Klagt er vor Verfliessung eines Jahres: so kann ihm der Schwiegersohn die exceptionem non numeratae pecuniae entgegen setzen; welches die Wirkung hat, daß der Schwiegervater die wirkliche Auszahlung des Brautschatzes durch andere Beweismittel, als die Handschrift, beweisen muß. Klagt er aber erst nach Ablauf des Jahrs: so muß der Schwiegersohn den Brautschatz schlechterdings zurückzahlen, und wird mit dem Beweise, er habe nichts erhalten, nicht gehört. Der Grund dieser Verordnung ist derselbe, wie bey dem Darlehn. Bey den Römern mochte es wohl häufiger, als heutigestages, geschehen, daß in den Ehepacten ein Schwiegersohn den Empfang einer Brautgabe bescheinigte, ohne sie erhalten zu haben, und daß der Schwiegervater von diesem Bekenntniß einen Mißbrauch machte. Daher wollte der Gesetzgeber, daß es nicht sogleich Beweiskraft haben sollte. Er hielt es aber auch für billig, daß man einen Schwiegersohn, welcher behauptet, er habe auf seinen Schuldschein nichts empfangen, den er doch dem Schwiegervater so lange in Händen gelas-

sen, mit seinem Vorgeben, theils weil es unglaublich ist, theils zur Strafe der Nachläßigkeit nicht anhöre.

Der zweyte Fall war: Die Ehe wird nach zwey Jahren, doch noch vor Ablauf von zehen Jahren getrennt. Jetzt klagt der Schwiegervater entweder binnen drey Monaten; oder nachher. Geschieht jenes: so kann der Schwiegersohn exceptionem non numeratae dotis opponiren; geschieht aber das letztere: so muß der Schwiegersohn schlechterdings bezahlen.

Der dritte Fall ist: die Ehe wird, nachdem sie zehen Jahre gedauert hat, getrennt. Wenn dieß geschieht; so muß der Schwiegersohn ohne Unterschied das Heyrathsgut bezahlen, zu dessen Empfang er sich bekannt hat, und wird zu keinem Beweise des Gegentheils zugelassen. Uebrigens fällt auch bey dem über eine Brautgabe ausgestellten Schein die exceptio n. n. p. in denselben Fällen weg, wo sie bey dem Darlehn cessirt. Wenn nemlich der Ehemann den Empfang der Brautgabe noch besonders quittiret, oder auf andere Weise vor Zeugen, oder in einem Testament anerkannt hat. (§. 852.).

§. 855. Hat ein Litteralcontract auch in andern Fällen statt?

Der Litteralcontract hat blos bey dem Dahrlehn und der Bestellung des Brautschatzes statt (*[1]). In diesen Geschäften allein geschieht es zuweilen, daß Jemand eine Handschrift oder Empfangschein in der Hoffnung, Geld zu erhalten, ausstellt: in andern ist es nicht gewöhnlich. Daher fällt 1) in andern Geschäften die exceptio non numeratae pecuniae weg. Daß in dem Falle, wann ich schriftlich bekenne, ein depositum erhalten zu haben, diese Exception nicht statt finde, sagen die Gesetze ausdrücklich (*[2]). Denn wer wird schriftlich bekennen, ein Depositum empfangen zu haben, ehe er es wirklich in Händen hat? Dieser Grund tritt aber auch bey andern Geschäften ein (*[3]). Ich sage die exceptio non numeratae pecuniae fällt bey allen Geschäften ausser dem Darlehn und der dotis datione weg; nemlich die exceptio n. n p. welche bisher beschrieben worden ist, welche den Beweis der geschehenen Bezahlung auf den Kläger wälzt, fällt weg. Wenn Jemand in einem andern Geschäft behauptet, er habe das Geld nicht empfangen, dessen Empfang er doch schriftlich gestanden hat, und will es beweisen; so steht es ihm frey. Z. E. wenn ich behauptete, daß ich zwar einen Empfangschein über ein Depositum, über erhaltene Kaufgelder u. d. gl. ausgestellt, aber nichts empfangen hätte, und es beweisen will: so muß ich damit allerdings gehört werden. 2) In andern Geschäften entsteht auch keine Verbindlichkeit aus einem Empfangschein, er sey so alt er wolle. Wenn ich z. E. vor 10 Jahren schriftlich bekannt hätte, 1000 Thlr. als ein Depositum erhalten zu haben, und jetzt auf die Wiederbezahlung belangt werde: so kann ich die Exception machen; daß ich nichts

empfan-

empfangen habe, aber ich muß freylich den Beweis meines Angebens übernehmen.

(1) Auf das Darlehn allein läßt sich der Litteralcontract nicht einschränken, wie einige thun. S. *Oeltze* diss. cit. §. 26.
(2) L. 14. §. 1. C. de non num. pecun. (IV. 30.)
(3) *Mencken* diss. cit. §. 19. *Oeltze* l. c. §. 27.

§. 856. Von Quittungen.

Auch auf Quittungen lassen sich die bisher vorgetragene Sätze nicht schlechterdings anwenden, sondern bey diesen ist folgendes Rechtens: 1) Wenn ein öffentlicher Gelderheber eine Quittung ausstellt: so entsteht daraus sogleich ein Beweis gegen ihn. Denn ein solcher Mann stellt nie Quittung aus, ehe er das Geld empfangen hat. 2) Wenn mir Jemand anders eine Quittung geschrieben hat, und gleichwohl die quittirte Summe einklagt: so klagt er entweder binnen dreyßig Tagen, oder nachdem die Quittung dreyßig Tage alt ist. Gesetzt das erste geschieht; ich habe am 1. Januar bezahlt, und unter diesem Datum eine Quittung erhalten. Am 20. Januar belangt mich der andere auf die Schuld. Ich producire also seine Quittung. In diesem Fall kann er mir die exceptionem oder eigentlich replicam non numeratae pecuniae entgegen setzen; das heißt sagen, er hätte die Quittung in Hoffnung der Zahlung ausgestellt, hätte aber keine Zahlung erhalten. Dies hat die Wirkung, daß ich die geschehene Zahlung auf andere Weise als durch die Quittung beweisen muß. Wenn aber das letzte geschieht, wenn ich z. E. meine Schuld am 1. Januar abgetragen, und darüber quittirt worden bin, am 15. Februar aber auf die Schuld belangt werde: so kann ich mich mit meiner Quittung schützen; sie führt eine vollkommene Beweiskraft bey sich, weil sie älter, als dreyßig Tage ist.

Wie aber, wenn der Erheber öffentlicher Gelder, oder ein anderer Kläger, welchem eine dreyßig Tage alte Quittung vorgelegt wird, beweisen will, daß er nichts darauf empfangen habe, muß er nicht mit diesem Beweis gehört werden? Die billigere und in der Praxis angenommene Meynung ist, daß dieß allerdings geschehen müsse (* 1).

(1) *Leyser* am a. O. Doch s. auch *Müller* ad *Leyser* tom. 2. fascic. 1. obs. 294. Hingegen *Wernher* part. 2. obs. 355. p. 357. und obs. 356. p. 462. läßt nur die exceptionem doli zu.

§. 857. Von der condictione ex chirographo.

Die condictionem ex chirographo stelle ich an, wenn ich eine Handschrift besitze, die das gesetzliche Alter hat, gegen den Aussteller, und zwar dahin, daß er die darinn enthaltene Summe an mich bezahlen soll. Was das gesetz-

liche Alter sey, ist erklärt worden. Bey dem Darlehn sind es zwey Jahre; bey der Brautgabe sind die drey angegebene Fälle zu unterscheiden; im ersten ist das gesetzliche Alter die Zeit des Ehestandes, und noch ein Jahr weiter; im zweyten die Zeit des Ehestandes, und noch drey Monate darüber; im dritten die zehenjährige Dauer der Ehe.

§. 858. Praxis des bisher vorgetragenen.

Ich habe bisher die Lehre vom Litteralcontract vorgetragen, wie ich glaube, daß sie den Gesetzen gemäß sey. Allein nicht alle Juristen sind dieser Meynung. Denn 1) behaupten einige (*1), man könne einer über ein Darlehn ausgestellten Handschrift zwar die exceptionem non numeratae pecuniae entgegen setzen, aber man müsse sie allezeit beweisen; die Gesetze L. 3. et 10. C. de non num. pec. (IV. 30.) welche man für die gemeine Meynung anführt, redeten von instrumentis indiscretis, das heißt solchen, die keine causam debendi haben, worinn jemand gesteht, daß er etwas schuldig sey, aber nicht aus welchem Grund. Diese Meynung ist aber offenbar irrig. Denn a) die exceptio deficientis causae debendi ist eine *perpetua*, das heißt, sie ist in keinen gewissen Zeitraum eingeschränkt; die exceptio n. n. p. aber dauert nur eine gewisse Zeit; (§. 1199.) b) die oben angeführte Gesetze sagen kein Wort vom Mangel der causae debendi, und c) die Gesetze, welche Zoll für seine Meynung anführt, beweisen gar nichts (*2).

2) Verschiedene Juristen (*3) behaupten, daß nicht blos bey dem Darlehn und der Brautgabe, sondern in allen Contracten, wo Jemand durch den Empfang der Sache zur Restitution verpflichtet wird, z. E. im commodato, pignore u. s. w. einem Empfangschein, der noch keine zwey Jahr alt ist, die exceptio non numeratae pecuniae entgegen gesetzt werden könne. Allein die Gesetze reden blos vom Darlehn und der dotis datione. Ihre Verordnung ist auch so beschaffen, daß man sie ohne Widerspruch der gesunden Vernunft nicht ausdehnen kann (*4).

3) Viele Rechtsgelehrte (*5) sind der Meynung, daß man einer Handschrift auch nach dem Ablauf der gesetzlichen Frist die exceptionem non numeratae pecuniae entgegen setzen könne; wenn man sie nur beweisen wolle. Ob nun gleich diese Meynung den Römischen Gesetzen, insonderheit der L. 8. L. 10. L. 14. §. 2. C. de n. n. p. und §. un. I. h. t. nicht gemäß ist (*6): so ist sie doch in den meisten Gerichten angenommen. Wo dieß geschehen ist, da hat 1) die exceptio non numeratae pecuniae zwey verschiedene Gattungen; sie ist entweder privilegiata, oder non privilegiata. Wenn die Handschrift das gesetzliche Alter noch nicht hat, und ich ihr die exceptionem non numeratae pecuniae dergestalt opponire, daß der Kläger die Auszahlung beweisen muß: so

heißt

heißt sie privilegiata. Wenn aber der Schuldschein das gesetzliche Alter erreicht hat, und ich ihm die exceptionem non numeratae pecuniae zwar entgegen setze, aber zum Beweis derselben verbunden bin: so heißt sie minus privilegiata. 2) Fällt der Litteralcontract ganz weg (* 7). Denn die Handschrift wirkt nun, sie mag so alt seyn als sie will, keine Verbindlichkeit. Wo aber auch diese Meynung nicht recipirt ist, da muß man doch nach den Grundsätzen des canonischen Rechts die exceptionem doli zulassen; das heißt, wenn einer aus einer Handschrift klagt, welcher weiß, daß er nichts darauf bezahlt hat, also in mala fide ist, so kann man ihm die exceptionem doli entgegensetzen, obgleich die Handschrift das gesetzliche Alter hat (* 8).

(1) *Zoll.* diss. de except. non num. pec. th. 5. *Boehmer* introd. in ius dig. tit. de reb. cred. §. 22.
(2) Wie *Slüter* diss. de exc. non num. pec. §. 12. sqq. zeigt.
(3) *Lauterbach* coll. th. pr. tit. de reb. cred. §. 63. *Cocceii* iur. controv. eod. tit. qu. 23. Meurers juriſt. Abhandl. S. 41. u. f.
(4) *D. Gothofred.* ad L. 6. C. de n. n. p. *Huber* ad Inst. h. t. n. 1. *Zanger* de except. p. 3. cap. 14. n. 35. sqq. *Carpzov* p. 1. c. 33. d. 68. Struben rechtl. Bed. 3. Th. S. 93. *Madihn* diss. cit. §. 8.
(5) *Schilter* 22. th. 31. *Voet.* ad Pand. tit. de reb. cred. n. 32. *Titii* diss. de putativo contractu literali, in collect. diss. n. 3. *Pufendorf* tom. 1. obs. 64. Meurers juriſt. Abhandl. S. 60. u. f.
(6) *Donell.* comment. lib. 14. cap. 38. *Hunn.* resolut. lib. 3. part. 6. qu. 2. p. 794. *Fachin.* controvers. lib. 2. cap. 81. *Vinn.* in commentar. h. t. n. 7. seqq. et in quaest. sel. lib. 1. cap. 41. *Nebelkrae* decis. 22. *Cocceii* l. c. qu. 29. *Wernher* part. 1. obs. 6. *Madihn* diss. cit. §. 11.
(7) *Madihn* l. c. §. 75.
(8) *Wernher* l. c. n. 6. *Reinharth* ad *Christin.* vol. 1. obs. 42. *Oeltze* l. c. §. 32. Anderer Meynung ist *Müller* ad *Leyser* obs. 296.

TIT. XXIII.

DE OBLIGATIONIBUS EX CONSENSU.

§. 859. Woher die Consensualcontracte ihren Namen haben?

Wir gehen zu den Consensualcontracten. Sie haben ihren Namen nicht daher, weil sie den Consens der Contrahenten erfordern; denn alle Verträge erfordern denselben, und müßten also sämmtlich Consensualconctracte heissen. Sondern die Benennung gründet sich darauf, daß diese Contracte nichts als Consens nöthig haben. So ist es bey andern Contracten nicht; ein Realcontract ist nicht ehe vorhanden, als bis einer der Interessenten ihn erfüllt;

erfüllt; ein Verbalcontract nicht eher, als bis die Formel ausgesprochen ist; ein Litteralcontract alsdann erst, wenn die Scriptur aufgesetzt ist. Das alles aber ist bey einem Consensualcontract nicht erforderlich.

Indessen bemerke man, obgleich die Consensualcontracte nichts als die Einwilligung erfordern, so sind doch die pacta de ineundo contractu consensuali von den Consensualcontracten selbst unterschieden, z. E. das pactum de vendendo ist von dem Kauf verschieden. Denn 1) enthalten die Consensualcontracte selbst eine obligationem dandi oder faciendi, die pacta de ineundo contractu consensuali hingegen allezeit eine obligationem faciendi; ich verspreche zu contrahiren, also etwas zu thun. 2) Kann das pactum de ineundo contractu consensuali unter andern Personen geschlossen werden, als der Contract selbst; z. E. ich kann einem versprechen, daß ihm mein Erbe etwas verkaufen solle. 3) Wenn zwey ein pactum de contrahendo schliessen, so wollen sie noch nicht als wirkliche Contrahenten angesehen seyn; ihre Absicht ist, es erst in Zukunft zu werden. Daher entsteht 4) auch aus dem Vertrag eine andere Klage, als aus dem Contract. Z. E. aus dem Kauf entsteht actio emti auf die Tradition der Waare, und venditi auf die Bezahlung des Kaufschillings; aus dem pacto de vendendo hingegen nur eine Klage, daß der andere den Kauf schließe. Nur mußte 5) bey den Römern der Vertrag, wenn er eine Klage wirken sollte, durch eine Stipulation eingegangen seyn, die Consensualcontracte erforderten dergleichen nicht. 6) Bey den Consensualcontracten ist eine reciproke Verbindlichkeit, bey den vorausgehenden Verträgen nur eine einseitige. Z. E. wenn ein Kauf geschlossen ist, so ist der Verkäufer schuldig, die Waare zu geben, und der Käufer, den Kaufschilling zu zahlen; hingegen durch das pactum de vendendo mache ich mich verbindlich, die Sache dem andern zu verkaufen, er aber wird nicht verbunden, sie zu kaufen (* 1).

(1) *Mudaeus* de contrah. emt. vend. cap. 2. pag. m. 5. sqq. hat diese Sache am besten ausgeführt. S. auch *Berlich* part. 1. d. 142. Hingegen kann ich dem, was *Bachov* ad *Treutler* vol. 1. disp. 28. th. 7. lit. A. *Stryk* ad *Lauterb* tit. de contrah. emt. vend. verb. differat. und *Ludovici* in us. dist. iurid. eod. tit. dist. 7. darüber sagen, nicht beypflichten.

§. 860. Von der Natur dieser Contracte.

Alle diese Contracte sind also 1) bonae fidei negotia. Denn sie werden ohne Formel geschlossen; man sieht daher bey ihnen auf die Billigkeit; bleibt nicht streng an den Worten hängen. Umgewendet aber kann man nicht sagen, daß alle negotia bonae fidei Consensualcontracte seyen. Denn die Realcontracte sind auch negotia bonae fidei. 2) Sie können unter Abwesenden durch Briefe oder Boten geschlossen werden, welches bey der Stipulation nicht

nicht angieng. (§. 833.) Auch durch einen Wink und stillschweigends kann man sie eingehen. Wenn jemand an einen Beckerladen geht, ein Brod nimmt und dem Becker das Geld reicht; oder wenn Jemand in ein Transportschiff steigt: so ist im ersten Fall ein Kauf, im zweiten ein Miethcontract stillschweigends geschlossen.

§. 861. Fünf Gattungen derselben.

Das ältere Römische Recht hatte vier Gattungen von Consensualcontracten: 1) den **Kauf und Verkauf** (*emtio venditio*); 2) den **Miethcontract** (*locatio conductio*); 3) den **Mascopey-** oder **Gesellschaftscontract** (*societas*); 4) die **Bevollmächtigung** (*mandatum*). Kayser Zeno setzte noch den fünften, die *emphyteusin* zu.

TIT. XXIV.

DE EMTIONE ET VENDITIONE.

§. 862. Was ist der Kauf?

Der Kauf ist ein Consensualcontract, wo ich Jemanden eine Sache für einen gewissen Preis zu übergeben verspreche. Man hat gegen diese Definition eingewendet, sie passe auch auf den Miethcontract, aber ohne Grund. Denn in diesem wird die vermiethete Sache nicht **übergeben, tradirt**, in dem Sinn nemlich, wie die Rechtsgelehrten dieses Wort nehmen. (§. 334.) Der Kauf ist entweder ein **öffentlicher** oder **Privatkauf**. Ein öffentlicher ist vorhanden, wenn die Sache öffentlich ausgeboten, und dem Meistbietenden überlassen wird; ein Privatkauf, wenn dieß nicht geschieht. Werden unbewegliche Sachen öffentlich verkauft: so heißt es **Subhastation**; wenn bewegliche Sachen aber auf diese Weise verkauft werden, **Auction**.

§. 863. Wesentliche Eigenschaften des Kaufcontractes.

Der wesentlichen Stücke dieses Contractes sind drey. 1) Einwilligung; 2) eine Sache, welche tradirt werden soll, und welche **Waare** *merx* heißt; 3) eine bestimmte Summe Geldes, oder *pretium*.

§. 864. Wenn ist der Kaufcontract zur Vollkommenheit gelangt?

Der Kauf erfordert die Einwilligung der Contrahenten. Sobald als sie über Waare und Preis einig sind, ist der Kauf geschlossen; wofern sie nicht ausmachen, daß der Kauf *in scriptis* geschlossen werden soll. Nemlich ein Contract wird in scriptis geschlossen, wenn die Paciscenten ausmachen, daß er

nicht ehe von Verbindlichkeit seyn soll, als bis er schriftlich aufgesetzt, und von beyden Theilen unterschrieben ist. Man denke übrigens nicht, daß durch diese Clausel der Kauf in einen Litteralcontract verwandelt werde; denn es entsteht doch auch hier keine Verbindlichkeit aus dem Kaufbrief. Wenn derselbe anderst abgefaßt ist, als die Contrahenten wollten, und einer dieses beweisen will, so wird er damit gehört. Ein Litteralcontract aber ist, wie wir oben gesehen haben, (§. 850.) nur alsdenn vorhanden, wenn aus einem Document eine Verbindlichkeit entsteht.

§. 865. Der Kauf erfordert Einwilligung.

Da der Kaufcontract eine freye Einwilligung der Contrahenten erfordert: so kann 2) niemand zu kaufen oder verkaufen gezwungen werden, wenn es nicht die höchste Billigkeit oder das Staatsbeste erfordert. So zwingt man z. E. einen zum Verkauf des Getraides, der zur Zeit der Theurung einen großen Vorrath hat, und noch immer auf größere Theurung wartet; wer in einer Stadt einen leeren Platz besitzt, kann gezwungen werden, ihn an Baulustige zu verkaufen; wenn eine Chaussee angelegt werden soll: so müssen die Unterthanen ihre Feldgüter verkaufen, über welche die Chaussee läuft. Wenn einer Stadt eine Bloquade bevorsteht: so kann man die Einwohner nöthigen, sich Victualien anzuschaffen. Veranstaltet der Landesherr ein gemeinnütziges Werk, z. E. eine Sammlung der Landesgesetze: so kann jede Gemeinde angehalten werden, ein Exemplar zu kaufen. 3) Betrug und Irrthum machen in soweit den Kauf ungiltig, als sie jedem Vertrag die verbindliche Kraft benehmen. 4) Weil der Kauf eine ganz freye Einwilligung erfordert, so konnten nach Römischem Recht die Gouverneurs der Provinzen (magistratus provinciales) nichts kaufen, als nöthige Victualien und Kleidungsstücke, weil man glaubte, die Unterthanen hätten, wenn der Gouverneur mit ihnen handeln wollte, keinen freyen Consens. Heutigestages fällt diese Verordnung weg.

§. 866. Welche Dinge ein Gegenstand des Kaufs seyn können.

Der Kauf erfordert **Waare**, *mercem*. Dieß Wort bedeutet bey den Rechtsgelehrten jede Sache, welche gekauft und verkauft wird; nicht nur eine bewegliche, sondern auch unbewegliche. Alle Sachen können also ein Gegenstand des Kaufcontracts werden, die in commercio sind. Auch Hofnung kann man einem verkaufen; das heißt, man kann einem etwas auf den Fall verkaufen, wenn ein gewisser zufälliger Umstand zur Wirklichkeit kommen wird (si conditio casualis existat). Z. E. wenn ich in eine Glücksbude greife: so wird mir eine Waare unter dem Beding verkauft, wofern ich die Nummer, womit

womit sie bezeichnet ist, herausziehen werde. Hieher gehört auch emtio *iactus retis*, wenn ich dem Fischer abkaufe, was er bey dem nächsten Zug fangen wird.

Nicht nur jetzt schon existirende, sondern auch künftige Sachen können verkauft werden; z. E. ich kann einem die Früchte abkaufen, welche auf seinem Acker im künftigen Jahr wachsen werden. Sowohl körperliche als unkörperliche Sachen sind ein Gegenstand des Kaufes. Exempel vom Kauf einer unkörperlichen Sache sind der Kauf einer Erbschaft (iuris haereditarii) und eines persönlichen Anspruches (actionis). Wenn mir z. E. A. 1000 Thlr. schuldig ist: so kann ich diese Forderung an den B. verkaufen. Aber auch andere Rechte, Servituten, Zehendrecht, Jagdgerechtigkeit u. d. gl. können gekauft und verkauft werden.

Endlich sind auch fremde Sachen ein Object des Kaufcontractes. Wenn ich nemlich einem eine Sache verkaufe, die mir nicht gehört: (S. die Tabelle 54. b.) so ist entweder die Frage: was die Wirkung des Contractes in Ansehung unsrer, der Contrahenten ist; oder was in Rücksicht auf den wahren Eigenthümer Rechtens sey. Im letzten Fall ist die Antwort: dieser kann seine Sachen vindiciren, nur muß er sich melden, ehe der Käufer die Sache usucapirt hat. Im ersten Fall aber muß man in Ansehung der Wirkungen drey Fälle distinguiren: a) Wenn beyde Theile wissen, daß die Sache einem Dritten gehört, und glauben, der Eigenthümer werde einwilligen. (Denn sind sie in mala fide: so sind sie als Diebe anzusehen, und von diesem Fall redet der folgende §. Num. 7.) b) Wenn keiner von beyden Theilen weiß, daß die Sache einem Dritten gehört; c) wenn nur Einer es weiß.

Im Fall a) wenn beyde Contrahenten wissen, daß die Sache einem Dritten gehört, und der Eigenthümer willigt in den Contract, so gilt er; ausserdem ist er nichtig. In dem Fall, b) wenn es keiner weiß, so ist der Kauf in allem Betracht giltig. Endlich im Fall, c) wenn es nur einer wußte, distinguire man weiter: Ist der eine, welcher wußte, daß die Sache einem Dritten gehöre, in mala fide, so ist der Kauf wieder als eine emtio rei furtivae anzusehen, von welcher der folgende §. handelt. Ist hingegen derselbe in bona fide, so mache man folgenden Unterschied: wenn der Käufer allein gewußt hat, daß die Sache res aliena sey, (er glaubt, der Verkäufer sey bevollmächtiget, die Sache zu verkaufen, der Verkäufer aber hält die Sache für sein Eigenthum), so kann der Käufer nicht verlangen, daß ihm die Eviction geleistet werde; aber den Kaufschilling muß er bezahlen. Wenn aber der Verkäufer allein wußte, daß er eine fremde Sache verkaufte, (er verkaufte die Sache, in der Meynung dem Eigenthümer dadurch einen Gefallen zu thun, und der

Käufer glaubt, die Sache gehöre dem Verkäufer): so kann der Verkäufer keinen Kaufschilling fordern; allein die Eviction muß er leisten (* 1).

(1) *Lauterbach* coll. th. pr. h. t. §. 22. *Cocceii* iur. controv. h. t. quaest. 17.

§. 867. Welche Dinge hingegen nicht?

Kein Gegenstand des Kaufes sind 1) *res extinctae*; das heißt, wenn die Contrahenten glaubten und voraussetzten, die Sache sey noch vorhanden, sey noch am Leben; (im Fall es eine lebende Sache ist) und nachher zeigt sich das Gegentheil: so gilt der Kauf nicht. Z. E. wenn ich einem mein Haus in Paris, mein Reitpferd, das jetzt in London ist, verkaufe, und nachher die Nachricht kommt, daß zur Zeit des geschlossenen Kaufs das Haus schon abgebrannt, das Pferd crepirt war: so ist der Kauf ungiltig.

2) Freye Menschen. Sklaven können verkauft werden, aber keine freye Leute. Wenn ich also wissentlich einen freyen Menschen kaufe: so ist der Kauf nichtig.

3) Res divini iuris, das heißt sacrae und religiosae. Daß heutigestages dergleichen Sachen verkauft werden können, habe ich schon oben bemerkt. (§. 271.)

4) Sachen, die dem ganzen Staat gehören, können nur vom Staat, aber nicht von einem Unterthan verkauft werden (* 1).

5) Waaren, deren Verkauf durch Specialgesetze verboten ist, Contrebandewaaren, confiscirte Bücher u. d. gl. In Frankreich, in England, im Brandenburgischen sind viele ausländische Waaren contreband; der Verkauf einer solchen Sache ist daher ungiltig.

6) Wenn ich einem eine gestohlne Sache verkaufe; (S. die Tabelle 54. c.) das heißt eine Sache, die schon vorher gestohlen war, oder die ich einem mala fide verkaufe, und dadurch gleichsam jetzt stehle: so fragt man entweder, was in Ansehung der Contrahenten, oder was in Ansehung des Eigenthümers Rechtens ist? Ist die Frage vom Eigenthümer: so gilt eben das, was bey dem bona fide geschehenen Verkauf einer fremden Sache gilt; (voriger §.) der Eigenthümer kann seine Sache vindiciren. Ist aber die Frage von den Contrahenten: so unterscheide man wieder drey Fälle: a) beyde Contrahenten wissen, daß die Sache gestohlen ist, b) keiner weiß es, c) einer allein weiß es. Im ersten Fall ist der Kauf von beyden Seiten ungiltig; im zweyten gilt er in allem Betracht; im dritten distinguire man: wenn der Käufer weiß, daß die Sache gestohlen ist, so entsteht für ihn eine Verbindlichkeit aus dem Contract, keine für den Verkäufer. Weiß es hingegen nur der Verkäufer, so werden beyde aus dem Contract verpflichtet. Die Ursache, warum die Gesetze hier einen Unterschied zwischen Käufer und Verkäufer statuiren,

tuiren, ſagt man, ſey dieſe, wenn der Käufer wiſſe, daß die Sache geſtohlen ſey: ſo könne er nicht anderſt als auf eine unerlaubte Weiſe (turpiter) ſie annehmen, und den Verkäufer zur Tradition anhalten. Hingegen wenn der Verkäufer allein die Beſchaffenheit der Sache wiſſe, ſo ſey es billig, daß er den Contract erfülle, ſo gut er könne, alſo die Sache tradire, und die Eviction leiſte.

7) Sachen, die im Proceß liegen, (res litigioſae). Während des Proceſſes ſoll alles in ſeinem Stand bleiben, der Kläger ſoll ſeine Forderung und der Beklagte die in Anſpruch genommene Sache nicht alieniren. Z. E. wenn ich einen auf 1000 Thlr. verklagt habe: ſo darf ich während des Rechtsſtreites dieſe Forderung keinem andern abtreten; wenn mich einer wegen eines Hauſes belangt, und behauptet, daß es ſein gehöre: ſo darf ich, ſo lang der Proceß dauert, das Haus nicht veräuſſern. Die Alienation einer ſolchen im Proceß befangenen Sache iſt nach dem Römiſchen Recht null und nichtig. Aber ob dieſe Verordnung bey uns in Uebung ſey, iſt zweifelhaft. Leyſer und Cramer am a. O. auch Struv (*3) und Berger 4) behaupten, daß ſie es nicht völlig ſey, ſondern daß die Alienation einer litigioſen Sache an ſich gelte, jedoch den Rechten der andern Parthey unbeſchadet. Wenn alſo der Beklagte die Sache alienirt, und der Proceß zu Ende iſt: ſo wird die Sentenz gegen den neuen Beſitzer der Sache exequirt, ohne daß er neue Exceptionen machen könnte, und ein neuer Proceß mit ihm nöthig wäre.

(1) Indeſſen ſagt *Modeſtin* L. 62. §. 1. D. de contrah. emt. Qui neſciens loca ſacra, vel religioſa, vel publica pro privatis comparavit, licet emtio non teneat, ex emto tamen adverſus venditorem experietur, ut conſequatur, quod interfuit eius, ne deciperetur. S. *Marckart* probabil. receptar. iur. civ. lect. part. 1. pag. 46. ſqq.
(2) *Franzk.* ad Pand. tit. de contrah. emt. vend. n. 145. ſqq.
(3) *Struv.* ex. 46. th. 51.
(4) *Berger* oec. iur. p. 647. (ed. vet.) n. 22.

§. 868. Vom Kaufſchilling.

Das dritte Erforderniß des Kaufes iſt der Kaufſchilling. Dieſer muß in einer beſtimmten Summe Geldes beſtehen. Wenn alſo die Sache für Sache gegeben wird; ſo iſt es kein Kauf, ſondern Tauſch. Auch alsdann, wenn die Summe Geldes nicht beſtimmt iſt, wenn ich z. E. eine Hand voll Geld, einen Beutel mit Geld ungezählt für die Sache gebe (ſi pecunia in folle datur): ſo iſt es ein Tauſch und kein Kauf. Bey den Römern war übrigens der Unterſchied zwiſchen dem Kauf und Tauſch wichtiger, als bey uns. Denn der Tauſch war ein contractus innominatus; bey ihm hatte alſo die Reue ſtatt, (§. 801.) welche bey dem Kauf wegfiel. Heutigestags aber findet weder in

dem einen noch in dem andern Contract die poenitentia Platz. Es kommt also in dieser Rücksicht nichts darauf an, ob man einen gewissen Contract für einen Kauf oder Tausch halten will (* 1).

(1) Indessen ist doch darum die Frage nicht ganz ohne practischen Nutzen, wie *Io. Frid. Wernher* progr. de utilitate quaestionis, utra in dubio, emtio venditio an permutatio celebrata intelligatur, in eiusd. disquisit. iurid. collect. 2. p. 14. sqq. und *Car. Frid. Walther* diss. de vero genere contractus ex permutatione et emtione aequaliter mixti, (Altorf 1744.) §. 9. sqq. zeigen. Wenn ich einem eine Sache aus einem Tauschcontract übergebe, so wird er Eigenthümer, ob er gleich den Contract von seiner Seite noch nicht erfüllt hat. L. 4. C. de rer. permut. (IV. 64.) Bey dem Kauf geschieht dieß nicht, wenn nicht auf Borg gehandelt ist. (§. 871.)

§. 869. Der Kauf geschieht entweder auf ein gewisses Maaß, oder in Bausch und Bogen.

Der Kaufschilling kann auf verschiedene Weise festgesetzt werden. (S. die 55. Tabelle). Wenn ich einem nemlich eine Sache verkaufe, welche in einzelne Quantitäten vertheilt werden kann; welche gezählt, gemessen, oder gewogen wird, wenn man darüber contrahirt; z. E. Eyer, Aepfel, Getreide, Wein, Bier, Tuch, ein Acker, eine Wiese u. s. w. so wird entweder auf jede einzelne Quantität ein besonderer Preis gesetzt, oder es wird nur Ein Preis überhaupt bestimmt. Z. E. wenn ich einem einen Haufen Getreide abkaufe: so verspreche ich entweder für jedes Maaß eine gewisse Summe Geldes, oder ich verspreche für den ganzen Haufen überhaupt etwas. Im ersten Fall heißt es *emtio ad mensuram*; im letzten *emtio per aversionem*, auf Bausch und Bogen, über Hauf (* 1).

Bey der letzten Art von Kauf benennt zuweilen der Verkäufer eine gewisse Anzahl von Quantitäten, zuweilen nicht; z. E. wenn ich einem einen Haufen Getreide verkaufe: so benenne ich entweder eine gewisse Malterzahl, sage z. E. der Haufe enthalte 30 Malter oder nicht. Im ersten Fall (wenn ich eine gewisse Zahl angebe): so mache ich mich entweder anheischig diese Zahl zu liefern, ich sage z. E. ich stünde dafür, daß es wenigstens 30 Malter seyen; oder nicht, z. E. ich sage der Haufe enthalte ungefähr 30 Malter, doch könnte ich nicht dafür haften. Wenn ich mich zu einer gewissen Zahl verbindlich mache, (oder wie die Juristen sagen, eine Zahl *restrictive* angebe): so muß ich diese Zahl liefern. Ist sie nicht vorhanden: so geht vom Kaufschilling verhältnißmäßig so viel ab, als der Abgang an der Waare beträgt. Ist aber mehr vorhanden: so ist dieß ein Vortheil für den Käufer; er bezahlt darum nicht mehr, als er versprochen hat. Habe ich mich hingegen zu keiner gewissen Zahl verpflichtet (si numerus quantitatum demonstrative indicatur), so liefere

fere ich nicht mehr, als vorhanden ist. Der Kaufschilling wird nicht vermehrt, wenn die Quantität größer ist, als der Verkäufer angab, und nicht vermindert, wenn sie geringer ist.

(1) *Guil. Best.* ratio emend. leg. cap. 8. n. 4. 5.

§. 870. Erfordernisse des Kaufschillings.

Der Kaufschilling muß dreyerley Eigenschaften haben; er muß im Ernst festgesetzt (pretium verum); dem Werth der Sache gemäß (iustum), und bestimmt (certum) seyn. Ich sage, er muß 1) im Ernst, nicht blos zum Schein (dicis causa) festgesetzt seyn. Zuweilen will ich einem eine Sache schenken, und doch das Ansehen nicht haben. Ich verkaufe sie ihm also; setze aber a) einen Preis, der so gering ist, daß er gar nicht als Preis gelten kann, z. E. ich verkaufe ihm eine Sache, die 100 Rthlr. werth ist, für 5 Rthlr. (dieß heißt uno nummo vendere) oder b) ich bestimme einen billigen Preis, gebe aber einen Revers, daß ich ihn nie fordern wolle. Z. E. die Ehefrau will dem Mann ein Landgut schenken; weil aber die Schenkungen unter Ehegatten verboten sind: so verkauft sie es ihm zum Schein, sie macht sich nemlich verbindlich, den Kaufschilling nie zu verlangen. In diesen beyden Fällen ist kein wahrer Kauf vorhanden. Dadurch wird das Wesen des Kaufs nicht aufgehoben, wenn ich einem eine Sache aus Freundschaft unter dem wahren Werth verkaufe, wofern nur der festgesetzte Preis dem wahren Werth einigermassen nahe kommt. Man nennt einen solchen Kauf *venditionem gratiosam*, Freundskauf.

Der Kaufschilling soll 2) pretium iustum seyn. (S. die 56. Tabell.) Um aber zu beurtheilen, ob er dieß sey, muß man einen Unterschied machen; entweder ist er von den Gesetzen bestimmt (pretium legale), oder blos durch die Uebereinkunft der Partheyen (pretium conventionale). Die Gesetze bestimmen zuweilrn den Preis einer Sache, und dieß entweder zum Vortheil der Käufer, oder der Verkäufer. Zum Vortheil der Käufer z. E. zwecken die Brod- und Fleischtaxen ab, welche die Policeycollegia machen. Von einem zum Besten der Verkäufer bestimmten Preis weiß ich nur Ein Exempel. Nemlich in dem angeführten Reichsabschied wird verordnet, daß einer, welcher einen jährlichen Gült von einem Grundstück kauft; (das heißt, sich gegen Erlegung eines gewissen Stück Gelds das Recht erwirbt, von einem Acker, Garten, Wiese, eine jährliche Abgabe zu fordern), nicht mehr als 5 Procent nehmen, das heißt für 5 fl. Gült, wenigstens 100 fl. Capital bezahlen soll. In dem Fall, wenn die Gesetze den Preis zum Besten des Käufers bestimmen: so ist es jedem Verkäufer erlaubt, weniger, aber nicht mehr zu nehmen, und nimmt er nur Einen Heller mehr: so kann ihn der Käufer zurückfordern.

Z. E.

Z. E. der Fleischer darf das Fleisch unter der Taxe verkaufen, aber nicht darüber. Ist hingegen der Preis zum Vortheil des Verkäufers festgesetzt: so darf er mehr nehmen, aber nicht weniger. Erhält er aber nur eine Kleinigkeit weniger: so kann er den Ersatz verlangen. Z. E. es ist erlaubt, für eine jährliche Abgabe von 5 fl. von einem Acker mehr als 100 fl. zu geben, aber wenn ich weniger als 100 gebe, so ist der Preis ungerecht, und ich, der Käufer muß das fehlende zulegen.

Wir gehen zum pretio conventuali über; dieß wird lediglich durch die Convention der Paciscenten bestimmt, z. E. wenn ich einem mein Haus für 5000 Thlr. verkaufe: so ist der Preis ein conventioneller; denn nicht die Gesetze, sondern die Contrahenten haben ihn bestimmt. Bey diesem Preis kommt nicht jede Verletzung, (laesio) sondern nur diejenige in Betracht, welche über die Hälfte geht (ultra dimidium). Wollte man jede Läsion in Betrachtung ziehen: so würde selten ein Kauf geschlossen werden, über den nicht Proceß entstünde, und wer könnte diese Proceße entscheiden, da der Werth einer Sache sich nicht genau bestimmen läßt. Die Gesetze sagen daher, nur alsdenn, wenn einer der Contrahenten über die Hälfte verletzt ist, kann er klagen. Der Sitz dieser Materie ist die berühmte L. 2. C. de resc. vendit. (IV. 44) (*1). Vermöge dieses Gesetzes kann der über die Hälfte lädirte Theil verlangen, daß der Contract aufgehoben werde. Will ihn der lädirende Contrahent nicht aufgehoben haben, so muß er die Läsion repariren, d. i. soviel zulegen, oder herausgeben, daß der andere keinen Schaden mehr hat.

Es fragt sich aber: 1) wann ist denn ein Contrahent über die Hälfte verletzt? Bey dem Verkäufer ist die Sache ausgemacht. Er ist über die Hälfte lädirt, wann er für seine Sache nicht die Hälfte des wahren Werthes bekommen hat; z. E. wann er für seine Sache, welche 100 fl. werth ist, keine 50 fl. erhalten hat. Aber bey dem Käufer streiten die Rechtsgelehrte. Einige (*2). glauben, er sey alsdann schon über die Hälfte lädirt, wenn er a) den wahren Werth, b) dessen Hälfte und c) noch etwas darüber bezahlt hat, z. E.

Der wahre Werth ist — — —	50 Thlr.
Der Käufer giebt — — — —	50 Thlr.
Die Hälfte — — — — —	25 Thlr.
Noch etwas mehr, z. E. — — —	2 Thlr.
Also überhaupt giebt er — —	77 Thlr.

Andere (*3) behaupten, alsdann erst sey er über die Hälfte verletzt, a) wenn er den wahren Werth, b) noch einmal denselben, und c) etwas weiter gegeben hat. Z. E.

Der

Der wahre Werth ist — — —	50 Thlr.
Der Käufer giebt — — — —	50 Thlr.
Noch einmal — — — — —	50 Thlr.
Noch etwas mehr, z. E. — —	2 Thlr.
Also überhaupt — — —	102 Thlr.

Ich halte die letzte Meynung für die wahre. Denn da der Verkäufer erst alsdann über die Hälfte lädirt ist, wenn er nicht halb so viel bekommt, als er von seiner Seite gegeben hat: so muß billig dieser Maasstab auch bey dem Käufer gebraucht werden. Der Verkäufer muß nicht härter gehalten werden, als der Käufer. Er verdient noch mehr Gunst, da es viel öfter geschieht, daß Jemand etwas aus Noth verkauft, als kauft. 2) Ist die Frage: kann die Verordnung der L. 2. C. de resc. vendit. auch auf andere onerose Contracte ausgedehnt werden? Wenn ich z. E. in einem Tausch- oder Miethcontract über die Hälfte lädirt bin, kann ich den Contract ebenfalls aus der L. 2. bestreiten? Die in der Praxis angenommene Meynung ist die bejahende (*4).

Der Kaufschilling muß 3) bestimmt seyn. (Siehe die Tabelle) Er kann aber bestimmt werden a) von den Contrahenten selbst; b) von einem Dritten, c) durch die Gewohnheit oder ein Gesetz. Wenn ihn die Contrahenten bestimmen: so geschieht dieß entweder durch beyderseitige Einwilligung; oder die Bestimmung wird Einem von beyden Contrahenten überlassen. Z. E. Ich verkaufe dir mein Pferd und du sollst den Preis selbst bestimmen. Letzteres kann nicht geschehen, der Vertrag ist ungiltig (*5). Wenn aber der Kaufschilling durch beyderseitige Einwilligung festgesetzt wird: so bestimmen ihn die Contrahenten entweder sogleich selbst, (per se) z. E. ich gebe dir für dein Pferd 100 Rthlr., oder sie beziehen sich auf eine andere Quantität; z. E. ich will dir für dein Haus geben, was A. für das seinige bezahlt hat. Beydes geht an.

Wird die Bestimmung hingegen einem Dritten überlassen: so ist dieser entweder gewiß, oder nicht. Wenn er nicht gewiß ist, z. E. ich will dir für dein Haus bezahlen, was ehrliche und sachverständige Männer für billig halten, so entsteht keine wahre und feste Verbindlichkeit aus dem Vertrage (*6). Denn wenn sich nachher die Contrahenten über die Person des Dritten nicht vereinigen können: so wird nichts aus dem Handel. Ist aber der Dritte gewiß: so will er entweder die Bestimmung des Kaufschillings übernehmen, oder er weigert sich dessen. Weigert er sich: so zerschlägt sich der Handel. Bestimmt er aber das pretium, und einer der Contrahenten ist mit seiner Bestimmung nicht zufrieden: so kann er auf die Obrigkeit provociren, und diese bestimmt nun den Preis (*7). Endlich kann auch der Preis durch Gesetz oder Gewohnheit bestimmt seyn. Wenn dieß ist, wenn die verkaufte

Sache einen gewöhnlichen oder gesetzlichen Preis hat: so ist zur Vollkommenheit des Contracts nicht erforderlich, daß der Preis verabredet werde. Wenn z. E. ein Kaufmann Waaren von Frankfurt beschreibt, so macht er sich anheischig sie so zu bezahlen, wie andere thun, und der Kauf ist vollkommen, sobald der Frankfurter die Waaren absendet (* s).

(1) Rem maioris pretii, si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel pretium te restituente emtoribus, fundum venumdatum recipias, auctoritate iudicis intercedente; vel si emtor elegerit, quod deest iusto pretio, recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.

(2) Ausser einigen ältern Juristen behaupteten dieß *Titius* ad Lauterb. obs. 542. pag. 360. *Voet.* ad Pand. tit. de rescind. vend. n. 5. *Ickstadt* de laesione enormi recte computanda in opusc. tom. 1. pag. 233. seqq. *Daries* Diss. de interpretat. et extensione L. 2. C. de resc. vend. Ffurti ad Viadr. 1775.

(3) Z. E. *Franzkius* L. 3. resolut. 3. n. 14. *Fachin.* controv. lib. 2. cap. 16. *Merend.* controv. lib. 1. cap. 36. n. 5. *Averan.* lib. 3. interpret. cap. 7. *Lauterb.* coll. th. pr. tit. de resc. vend. §. 10. Estors Proceß 3. Theil 54. u. f. f. Seite. *Cramer* Diss. de laesione enormi recte computanda, opusc. tom. 3. p. 581. *Hamesen* diss. de immodica laesione, eiusque probatione (Goett. 1747.) §. 21. *Gehler* Diss. de laesione emtoris ultra dimidium recte computanda lib. 1777. Florencourt Abhandlung aus der jurist. und polit. Rechenkunst, S. 243. u. f. *Herm. Io. Lienau* diss. de natura et indole actionis, quae ob laesionem enormen conceditur (Goett. 1782.) §. 5. sqq. *Herrenschneider* diss. 1. et 11. de enormis laesionis computatione Argent. 1784. et 1785.

(4) Nach der Theorie läßt sie sich schwerlich rechtfertigen. Hermogenian, der doch nach den K. Diocletian und Maximian, den Verfassern der L. 2. lebte, sagt L. 23. D. locat. et ideo *praetextu minoris pensionis*, locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest. Die Anwendung der L. 2. auf andere, insonderheit Miethcontracte vertheidigen indessen *Merenda* controv. lib. 1. cap. 36. *Voet.* ad Pand. tit. de resc. vend. §. 13. Strube rechtl. Bed. 3. Band 119. Bed. und viele andere. Das Gegentheil behaupten *Faber* de error. pragmat. Dec. 8. error. 8. pag. 178. (Edit. Lugd. 1605. 4.) *Huber* ad Pand. tit. de resc. vendit. n. 3. *Finestres* ad Hermogenian. p. 482. sqq.

(5) *Franzk.* ad P. tit. de contr. emt. n. 252. *Lauterb.* coll. ibid. §. 49. *Cocceii* iur. controv. ibid. quaest. 25. *Walch* controv. p. 372. Anderer Meynung ist *Struv.* ex. 23. th. 18. u. a.

(6) *Lauterb.* coll. h. t. §. 50. *Cocceii* Qu. 25.

(7) Aber hat diese Berufung auf die Obrigkeit nur alsdann statt, wann ein Contrahent behauptet, daß er über die Hälfte verletzt sey? oder ist jede Läsion dazu hinreichend? Jenes glaubt *Cocceii* iur. controv. h. t. Q. 26. dieses aber *Lauterb.* coll. §. 51. *Franzk* n. 261. u. a. Und dieß halte ich für richtiger. Denn Lauterbach sagt ganz recht: si tertius ad definiendum pretium eligitur: tacite hoc actum censetur, ut *iustum* pretium constituat. Das pretium aber kann iniustum seyn, obgleich kein Contrahent über die Hälfte verletzt ist.

(8) Strube rechtl. Bed. 2. B. 248. Seite.

§. 871. Von der Verbindlichkeit, welche aus dem Kaufcontract entsteht.

Wenn ein Kauf geschlossen ist: so ist der Käufer schuldig, den Kaufschilling zu bezahlen, und der Verkäufer ist verbunden, die Sache zu übergeben. Der Verkäufer also will seine Sache unter keiner andern Bedingung weggeben, als wenn ihm der Kaufschilling bezahlt wird. Daraus folgt, 1) daß der Käufer nicht Eigenthümer wird, ehe er bezahlt, oder den Verkäufer auf andere Weise befriedigt, wenn ihm auch gleich die Sache übergeben wird (*1). Indessen setzt diese Regel voraus, daß auf baar Geld gehandelt worden ist. Denn wenn ich einem auf Borg, Credit, verkaufe; (si fidem de pretio habeo) und ihm die Sache übergebe: so wird er Eigenthümer, ob er gleich noch nicht bezahlt hat. 2) Wenn der Käufer den Kaufschilling noch nicht bezahlt, auch noch nicht einmal sich zur Bezahlung erboten hat: so kann er nicht auf die Tradition der Sache klagen. Auch hier wird indessen wieder vorausgesetzt, daß auf baares Geld gehandelt sey. 3) Im Gegentheil kann auch der Verkäufer nicht auf die Bezahlung des Kaufschillings klagen, so lange er die Sache nicht tradirt, oder sich nicht zur Tradition bereitwillig erklärt hat. Wenn er klagt: so setzt ihm der Käufer exceptionen rei venditae nec traditae entgegen. 4) Beyde Contrahenten profitiren aus diesem Contract, der Käufer bekommt Waare, der Verkäufer Geld. Daher muß auch jeder culpam levem prästiren.

(1) Ehe die Sache übergeben wird, erlangt der Käufer nie ein wirkliches Eigenthum. *Casp. Ach. Beck.* posit. ex iur. var. specim. 2. posit.

§. 872. Wer trägt die Gefahr bey der verkauften Sache?

Oben (§. 761.) haben wir die Regel gelernt: wenn ich einem eine Sache vermöge eines Contractes zu geben schuldig bin, und die Sache durch Zufall umkommt: so trägt der den Zufall, welchem die Sache gegeben werden sollte. Wenn ich einem eine Sache verkauft habe: so bin ich verbunden sie ihm zu geben. Geht die Sache also durch Zufall zu Grunde, z. E. die verkaufte Bibliothek verbrennt, das verkaufte Pferd crepirt: so muß der Käufer das Unglück tragen. Ausnahmen dieser Regel sind: 1) wenn die verkaufte Sache wegen eines alten Mangels zu Grunde geht. Z. E. Wenn das verkaufte Pferd an einem alten Fehler crepirt. Denn in diesem Fall muß der Verkäufer den Zufall tragen. 2) Wenn der Kauf noch unvollkommen war, entweder a) in Ansehung des Consenses, oder b) der Waare, oder c) des Kaufschillings. In Ansehung des Consenses ist der Kauf unvollkommen, wenn er unter einer Bedingung geschlossen ist, und diese noch nicht existirt. Geht jetzt schon die Sache zu Grunde, so hat der Verkäufer den Verlust. Hieher gehört auch der Fall, wenn ich eine Sache ad gustum kaufe, das heißt, mir ausbedinge, daß ich sie zuvor kosten will, und der Kauf nicht ehe gelten soll, bis ich sie ge-

kostet und gut befunden habe. In Rücksicht auf die **Waare** ist der Kauf unvollkommen, wenn Sachen auf Gewicht, Zahl, Maas verkauft werden, und die Zuwiegung, Zuzählung, Zumessung noch nicht geschehen ist. Auch hier trägt der Verkäufer den Verlust. Z. E. Wenn ich einem Kaufmann 100 Pfund Zucker abkaufe, ehe mir derselbe aber zugewogen wird, des Kaufmanns ganzer Vorrath durch eine Ueberschwemmung zu Grunde geht: so trage ich den Zufall nicht, sondern der Verkäufer. Endlich kann auch der Kauf in Ansehung des Kaufschillings unvollkommen seyn, und so lang dieß ist, geht wieder der Zufall nicht über den Käufer, z. E. wenn ein Dritter zur Bestimmung des Kaufschillings ausersehen worden ist, und seine Meynung noch nicht erklärt hat.

§. 873. Von den Verträgen, welche dem Kaufcontract angehängt werden.

Dem Kaufcontract werden mancherley Verträge beygefügt. 1) Das erste ist die **Vorbehaltung des Eigenthums**. Ob es bey den Römern bekannt gewesen sey, ist zweifelhaft; (* 1) aber so viel ist gewiß, daß es heutigestages häufig vorkommt. Wenn nemlich der Käufer den Kaufschilling nicht sogleich baar bezahlt: so pflegt sich der Verkäufer das Eigenthum vorzubehalten. Dieß hat seinen großen Nutzen in dem Falle, wenn über des Käufers Vermögen ein Concurs entsteht. Denn jetzt kann der Verkäufer seine Sache vindiciren, und ist nicht gehalten, sich in den Concurs einzulassen. Zuweilen behält sich der Verkäufer statt des Eigenthums nur eine Hypothek vor. Von den Wirkungen dieser Verträge haben **Hert** (* 2) und **Wahl** a. a. O. gründlich gehandelt. 2) **Die Ausbedingung des Wiederkaufs**, wenn sich nemlich der Verkäufer das Recht vorbehält, die verkaufte Sache gegen Erstattung des Kaufschillings zurück zu fordern. Meistens wird eine Zeit beygefügt, z. E. der Verkäufer behält sich den Wiederkauf ein Jahr, zehen Jahre, dreißig Jahr lang vor.

Bey diesem Vertrag kommen mancherley streitige Fragen vor; die erste wenn ich einem eine Sache auf Wiederkauf überlassen habe, und er veräußert sie an einen Dritten, kann ich gegen diesen auf die Herausgabe klagen? Anderst nicht, (* 3) als wenn a) entweder pactum de retrovendendo *verbis resolutivis*, wie man sagt, geschlossen, das heißt, wenn ausgemacht ist, daß der Kauf, sobald ich den Kaufschilling anbiete, als nicht geschlossen, angesehen, und das Eigenthum des Käufers *ex tunc* aufhören soll; (* 4) oder b) wenn ich dem Vertrag die Clausel beyfüge: der Käufer solle die Sache an keinen Dritten veräussern oder verpfänden; widrigenfalls solle die Veräusserung oder Verpfändung null und nichtig seyn (* 5), oder c) welches das rathsamste ist, wenn ich,

der

der Verkäufer, mir auf den Fall, daß ich die Sache wieder einlösen wolle, das Eigenthum oder eine Hypothek reservire.

Die zweyte Frage: wie lang dauert das Recht wieder zu kaufen? Hier sind drey Fälle zu unterscheiden: 1) in dem Vertrag ist ein gewisser terminus a quo bestimmt, aber kein terminus ad quem. Z. E. es heißt: Käufer behalten sich das Recht vor, nach zehen Jahren die Sache wieder einzulösen. 2) Es ist ein terminus ad quem bestimmt; z. E. Käufer bedingt sich die Erlaubniß aus, die Sache binnen zehen Jahren wieder einlösen zu dürfen. 3) Es ist gar keine Zeit beygefügt, z. E. Käufer bedingt sich das Wiederkaufsrecht.

Der zweyte Fall ist keinem Streit ausgesetzt. Im dritten aber sind die Juristen verschiedener Meynung. a) Einige behaupten, der Käufer müsse binnen dreyßig Jahren einlösen, und dieses selbst alsdenn, wenn es im Vertrag heisse, der Käufer bedinge sich das Wiederkaufsrecht zu ewigen Zeiten, oder auf immer, oder über kurz und lang (*6). b) Andere (*7) glauben, das Recht wieder zu kaufen sey in diesem Fall gar keiner Verjährung unterworfen. c) Noch andere (*8) distinguiren. Wenn, sagen sie, die Clauseln zu ewigen Zeiten, auf immer, über kurz oder lang, und dergleichen beygefügt sind: so ist das ius reluendi an keine Zeit gebunden. Heist es aber schlechtweg, der Verkäufer hält sich das Recht des Wiederkaufes aus: so muß er es binnen 30 Jahren ausüben. Die zweyte dieser Meynungen (unter b) ist nicht nur in der Theorie gegründet, (*9) sondern auch in der Praxis angenommen (*10).

Im ersten Fall endlich behaupten die Juristen meistens (*11), daß der Verkäufer nach Ablauf der gesetzten Zeit binnen dreißig Jahren einlösen könne, und länger nicht. Allein ihre Gründe überzeugen mich nicht (*12), und ich glaube vielmehr, daß auch hier das Einlösungsrecht unverjährbar sey (*13).

(1) *Schilter* ex 30. th. 56. et 76. leugnet es. Aber *Wahl* diss. de validit. et effectu reservationis dominii et hypoth. in securitatem residui pretii (Goett. 1753.) §. 21. *sqq.* hat Gründe für die bejahende Meynung angeführt.

(2) *Hert* Diss. de reservatione dominii vel hypothecae in re vendita in opusc. vol. 2. part. 3. pag. 94.

(3) Dieß halte ich für die richtige Meynung, weil ein bloser Vertrag zwischen dem Käufer und Verkäufer zwar Personalrechte, aber kein Recht gegen einen Dritten wirken kann. L. 2. Cod. de pact. inter emt. et vend. *Cocceii* tit. de contr. emt. Qu. 36. *Gail* lib. 2. obs. 16. *Stryk* caut. contr. sect. 2. cap. §. 8. 56. *Menken* gymnas. polem. disp. 7. th. 111. Andere Juristen indessen, welche *Fachinaeus* controvers. lib. 2. cap. 15. anführt, auch *Claproth* iurisprud. hevremat. part. 2. §. 285. p. 663. behaupten das Gegentheil.

(4) Auch darinn stimmen nicht alle Rechtsgelehrten überein. Denn einige behaupten, daß auch in diesem Fall die rei vindicatio nicht statt finde. *Cocceii*

iur. controv. l. c. *Cramer* N. St. 34. Th. 1. St. 1 Seite. *Toullieu* diss. de luit. pign. et reb. mer. facultatis §. 87.

(5) Diese Cautel giebt *Stryk* l. c. allein ich zweifle, ob sie alle Juristen für hinlänglich halten werden.

(6) *Bachov* ad Treutl. Disp. 28. th. 10. lit. g. *Perez* ad cod. tit. de pact. inter emt. et vend. n. 10. *Huber* praelect. ad Pand. tit. de resc. vend. n. 10. *Toullieu* diss. cit. §. 83. in collectan. pag. 157. *Schlüter* diss. de iure reluitionis ex pacto de retrovendendo competente praescriptioni obnoxio, (Goett. 1783.) §. 23. 24.

(7) *Leyser* sp. 191. med. 78. *Wernher* sel. obs. for. part. 1. obs. 313. *Aug. Frid. Schott* diss. de praescript. iuris reluend. sub L. retrovendit. alienata. §. 3. sqq. *Cramer* am a. O. Seite 18.

(8) *Stryk* us. mod. tit. de contr. emt. §. 44. sqq. *Berger* oec. iur. pag. 481. edit. novissi. *Io. Frid. Kayser* diss. de praescript. pacti de retrovend. §. 14. sqq. *Müller* ad *Leyser* tom. 2. Fascic. 2. obs. 391.

(9) Denn die Gesetze schreiben dem Wiedereinlösungsrecht nirgends eine gewisse Frist vor, es ist also eine res merae facultatis (§. 395.) Die Gegner sagen zwar, es sey ein Recht, das man durch einen Vertrag erworben habe, und diese Rechte dauerten nur 30 Jahre. Allein dieser letzte Satz ist nicht erwiesen; nur von Personalklagen, die aus einem Vertrag entstehen, ist er richtig. Ferner ist, wie Schott bemerkt, die Verjährung eine Strafe der Nachläßigkeit, der Verkäufer aber kann in dem vorliegenden Falle keiner Nachläßigkeit beschuldigt werden. Die Verjährung einer Klage fängt auch nicht ehe an zu laufen, als wenn die Klage entstanden ist. Nun aber entsteht die Klage auf die Wiedereinlösung nicht eher, als bis der Verkäufer sich zum Einlösen gemeldet, und den Kaufschilling angeboten hat.

(10) von Cramer am a. O. §. 12. S. 18. *Kayser* l. c. §. 14. *Müller* ad *Struv.* Ex. 23. th. 42. lit. γ. *Stryk* l. c. §. 44. in fin.

(11) *Schott* diss. cit. §. 5.

(12) Hr. Schott sagt, hier sey der Verkäufer einer Nachläßigkeit schuldig, wenn er binnen 30 Jahren nicht einlöse. Aber wie will man das erweisen?

(13) Diese Meynung gilt auch in der Praxis nach dem, was *Stryk* l. c. §. 49. in fin. sagt.

§. 874. Fortsetzung des vorigen.

Der dritte Vertrag ist die Bedingung des Vorkaufs (pactum protimiseos); der Verkäufer hält sich aus, daß, wenn der Käufer dereinst die Sache wieder verkaufen wird, jener der (Verkäufer) ein Vorrecht vor jedem andern haben solle. Ausser diesem iure protimiseos conventionali giebt es auch noch ein *testamentarium* und *legale*, wovon in den Pandecten und im Deutschen Recht gehandelt wird (* 1). Das vierte ist *pactum constituti possessorii*. Es wird ausgemacht, daß der Verkäufer die Sache als Miethsmann im Besitz behalten soll (§. 848.) (* 2).

(1) Die vorzüglichste Schrift in dieser Materie ist Carl. Fridr. Walch's Näherrecht, systematisch entworfen; zweyte vermehrte Auflage. Jena 1775. 8.

(2) Vom constituto possessorio s. auch *Mascov.* opusc. pag. 114. sqq.

§. 875.

§. 875. Weitere Fortsetzung.

Ein nützlicher Vertrag ist 5) das *pactum addictionis in diem.* Ich der Verkäufer bedinge mir aus, daß, wann binnen gewisser Zeit sich ein besserer Käufer finden wird, ich befugt seyn will, vom ersten Kauf wieder abzugehen, und den besseren Käufer anzunehmen. Desgleichen 6) das *pactum commissorium* oder *lex commissoria* (*1). Ich verkaufe einem die Sache mit dem Beding, daß er den Kaufschilling binnen gewisser Zeit zahlen, und daß, wofern dieß nicht geschieht, der Kauf nicht gelten solle.

(1) Nicht pactum legis commissoriae, wie einige ganz unschicklich sagen. S. *Hert.* lib. 1. prooem. iur. Germ. 9. §. 1. Opusc. vol. 1. tom. 3. p. 409.

§. 876. Klagen, die aus dem Kaufcontracte entstehen.

Der Kauf ist ein contractus bilateralis, aequalis, nominatus. (§. 750.) Daher entstehen zwey Klagen daraus, und zwar zwey actiones *directae*, die auch von dem Contract ihren Namen haben. Sie heissen *actio emti* und *actio venditi* (*1).

(1) Von diesen Klagen hat vorzüglich gut geschrieben *Gabr. Mudaeus* in commentar. ad tit. P. pro socio, de contrah. emt. et vendit. item de act. emt. et vend. etc. (Lovan. 1563.) p. 107. sqq.

§. 877. Von der actione emti.

Die actionem emti stellt der Käufer, wenn er von seiner Seite dem Contract ein Genüge gethan; das heißt, den Kaufschilling bezahlt, oder doch offerirt hat; oder auch, wenn zwar noch keines von beyden geschehen, aber auf Credit gehandelt worden ist, gegen den Verkäufer oder dessen Erben dahin an, daß dieser die verkaufte Sache mit den Früchten, Zuwachs und allem Zubehör übergeben, auch den Schaden ersetzen soll, den er culpa levi der Sache zugefügt hat.

§. 878. Regeln bey dieser Klage.

Der Verkäufer ist also schuldig, 1) die Sache zu tradiren, und kann dem Käufer statt der Tradition eine Schadloshaltung nicht aufdringen. Verschiedene alte und neue Juristen (*1) haben zwar geglaubt, der Verkäufer sey nicht schlechterdings verbunden, die Sache zu übergeben. Wenn er statt dessen das Interesse offerire: so müsse sich der Käufer damit begnügen. Allein die Gesetze bestätigen diese sonderbare und unbillige Meynung gar nicht (*2). 2) Wenn der Verkäufer durch seine Schuld ausser Stand kommt, die Sache zu tradiren: so kann der Käufer auf das Interesse klagen. 3) Der Verkäufer ist schuldig, dem Käufer den freyen Besitz der Sache zu verschaffen; daß heißt, er ist verbunden, im Fall, daß ein Dritter die Sache besitzt, diesen herauszuschaffen. Mit der Sache muß er auch a) die fructus pendentes übergeben; die

Früchte

Früchte nemlich, welche noch nicht geerndtet, noch nicht von dem Grund und Boden, oder von den Bäumen separirt sind. Wenn ich z. E. jemanden einen Garten verkaufe, so gehört ihm Gemüße und Obst, was noch jetzt in dem Garten wächst. Auch b) die Früchte, welche der Verkäufer nach geschlossenem Kauf geerndtet hat, muß er dem Käufer herausgeben (*3). Hingegen c) die Früchte, welche vor geschlossenem Contract geerndtet sind, gehören dem Verkäufer. d) Wenn die Sache ausser den Früchten nach dem Kauf einen andern Zuwachs erhalten hat, z. E. durch die Alluvion: so gehört diese ebenfalls dem Käufer. Endlich muß auch e) der Verkäufer die Pertinenzstücke mit der Sache übergeben.

(1) Z. E. *Bulgarus Azo*, *Hugolinus*. *Meier* Coll. Argent. tit. de act. emt. th. 8. *Rebhan* paralipom. p. 101. *Fachin*. controv. l. 2. cap. 30. *Maſcov*. opuſc. pag. 117.

(2) Einige Gesetze, L. 1. L. 11. §. 9. D. de act. emt. L. 4. C. cod. (IV. 49.) L. 10. D. quib. mod. pign. vel hyp. ſolvitur, L. 17. C. de fide inſtrum. (IV. 21.) sagen zwar, der Verkäufer, welcher die Sache nicht übergebe, müsse das Interesse leisten; allein man kann und muß sie nach der Rechtsanalogie und der gesunden Vernunft von dem Falle erklären, wenn der Käufer statt der Sache das Interesse verlangt. Auch sagen andere Gesetzstellen, der Verkäufer sey zur Tradition verpflichtet. S. §. 2. I. de donat. §. 1. I. h. t. L. 11. §. 2. D. de act. emt. L. 30. §. 1. eod. *Franzk*. ad Pand. tit. de act. emti n. 26. *ſqq*. *Cocceii* iur. controv. eod. tit. quaeſt. 4. *Lüd. Mencken* Diſſ. de venditore ad rei venditae neceſſariam traditionem obligato, in ſelect. Diſſ. iurid. n. 17.

(3) Dieß steht deutlich genug in der L. 13. §. 10. D. und L. 13. C. de act. emt. et vend. S. *Mudaeum* l. c. p. 188. *Franzk*. ad Pand. tit. de act. emt. et vend. n. 182. ſqq. Indessen sind doch einige Juristen, die man in Hertels Schnupftobacksdose S. 181. angeführt findet, anderer Meynung.

§. 879. Was sind Pertinenzstücke?

Pertinenzstücke oder Zubehörungen heissen nemlich accessorische Dinge, (§. 308.) die von der Hauptsache entweder wegen der gesetzlichen Vorschrift, oder wegen der Bestimmung des Eigenthümers nicht getrennt werden dürfen. Nemlich es giebt Gesetze, welche verordnen, daß eine Sache von der andern nicht getrennt werden, ein Pertinenzstück von derselben seyn soll. Man hat z. E. Provinzialgesetze, welche vorschreiben, daß bey jedem Bauerngut eine gewisse Anzahl Aecker und Wiesen seyn, und nie davon getrennt werden soll. Zuweilen aber bestimmt der Eigenthümer eine Sache zum Pertinenzstück der andern. Dieß geschieht, a) wenn er eine bewegliche Sache mit einer andern unbeweglichen, und zwar nicht blos zu seinem Nutzen, Vergnügen, Bequemlichkeit, sondern der Sache selbst zum Besten (*1) fest verbindet, z. E. einen Kessel im Hause einmauern läßt; 2) Wenn er eine bewegliche Sache zum beständigen Gebrauch der unbeweglichen bestimmt; z. E. wenn er Ziegel auf

das

das Dach legen, Fenster, Thüren u. s. w. in das Haus machen läßt. Endlich 3) wann er verordnet, daß diese unbewegliche Sache von einer andern unbeweglichen nie wieder getrennt werden solle; z. E. daß ein Garten, eine Scheune, ein Stall beständig bey dem Hause bleiben solle (* 2). Kaufe ich nun die Hauptsache: so muß mir der Verkäufer auch die Pertinenzstücke überliefern.

(1) *Leyser* sp. 209. m. 10
(2) *Hommel* rhapsod. vol. 2. obs. 294. *Selchov.* elem. iur. Germ. §. 552.

§. 880. Von der actione venditi.

Die actionem venditi stellt der Verkäufer an, wenn er die Sache übergeben hat, oder dazu bereit ist, gegen den Käufer oder dessen Erben, a) auf die Bezahlung des Kaufschillings mit Zinsen; b) auf die Ersetzung des durch culpam latam oder levem vom Käufer dem Verkäufer zugefügten Schadens; c) auf die Erstattung der auf die Sache verwendeten nöthigen oder nützlichen Ausgaben, und d) auf die Erfüllung alles dessen, was durch besondere Verträge ausbedungen worden ist, z. E. auf die Zurückgabe der Sache, wenn sie auf Wiederkauf verkauft worden ist. Ich habe bemerkt, der Verkäufer könne auf die Zinsen des Kaufschillings klagen. Dieß ist nach der 57. Tabelle also zu verstehen. 1) Wenn auf baares Geld gehandelt ist, so muß der Käufer den Kaufschilling sogleich von dem Tage an verzinsen, da ihm die Sache übergeben worden ist. Denn von dieser Zeit an kann er die Sache benutzen, und es wäre unbillig, wenn er auch zugleich den Nutzen vom Kaufschilling ziehen wollte. Es kommt also nach der richtigern Meynung nichts darauf an, ob er in mora ist oder nicht. Gesetzt, er weiß nicht, wo er den Verkäufer antreffen soll, er behält den Kaufschilling, weil ihn ein Dritter mit der Eviction bedroht; die Obrigkeit legt ihm Arrest auf das Kaufgeld ꝛc. Diesem allen ungeachtet ist er Zinse zu zahlen verbunden (* 1). Ist 2) auf Borg gehandelt, und der Käufer hat Zinse versprochen, so muß er sie bezahlen. Hat er aber 3) keine versprochen, so verzinset er nur alsdann den Kaufschilling, wenn er in mora ist, wenn er in dem gleich anfangs bestimmten Termin oder nach geschehener Interpellation nicht bezahlt; denn wenn ich etwas auf Credit verkaufe, so schlage ich die Zinsen schon auf den Kaufschilling. Hält also der Käufer die Zahlungsfrist ein, so ist er zu keinen weiteren Zinsen verbunden (* 2).

(1) L. 13. §. 20. D. L. 5. C. de act. emt. (VI. 49.) *Leyser* sp. 211. med. 1. sqq. ibique *Müller*. *Schweder* diss. de usur. pretii tardius soluti, §. 12. sqq.
(2) *Franzk.* ad Pand. h. t. n. 380. sqq. *Brunnemann* ad L. 5. C. de act. emt. *Leyser* l. c. med. 6. *Schorch* diss. de eo qu. i. e. circa venditionem fide de pretio habita, §. 15.

TIT. XXV.

DE LOCATIONE CONDUCTIONE.

§. 881. Was ist der Miethcontract?

Miethcontract ist ein Consensualcontract, worinn ich einem den Gebrauch einer Sache auf gewisse Zeit überlasse, oder operas illiberales zu leisten verspreche, und mir dagegen ein gewisses Miethgeld ausbedinge. Die Personen, welche bey diesem Contract vorkommen, sind der Verpachter, Vermiether, *locator*, und der Miethsmann, Pachter, Beständer, *conductor*. Wer nemlich den Gebrauch seiner Sache einem andern verstattet, oder ihm die Dienste leistet, heißt locator; wer den Gebrauch einer fremden Sache erhält, oder sich Dienste leisten läßt, ist der conductor.

Die Anmerkung sagt, der conductor bekommt nach der Verschiedenheit des gemietheten Gegenstandes verschiedene Benennungen. Wer Grundstücke pachtet, heißt *colonus*, wer ein Haus miethet, *inquilinus*, und wer öffentliche Einkünfte pachtet, *publicanus*.

§. 882. Eintheilungen des Miethcontractes.

Der Miethcontract ist zweyerley. (S. die 58. Tabelle). Wenn ich einem den Gebrauch einer Sache vermiethe: so heißt es *locatio conductio rei*. Verdinge ich aber meine Dienste: so heißt es *locatio conductio operarum*. Diese ist wieder von verschiedener Art. Wenn ich meine Dienste überhaupt verdinge: so ist es *locatio conductio operarum* im eigentlichen Verstand. Dergleichen ist z. E. der Contract, den ich mit einem Laquaien, mit einer Magd, einer Haushälterin, Köchin u. s. w. schliesse. Uebernehme ich aber die Verfertigung eines gewissen Werkes, z. E. der Zimmermann übernimmt die Aufführung eines Hauses, der Maurer die Verfertigung eines Gewölbes u. s. w. so heißt es *locatio conductis operis*.

Die operae müssen übrigens illiberales seyn. Operae liberales sind kein Gegenstand des Miethcontractes, und was man dafür bezahlet, heißt nicht *merces*, Miethgeld, sondern *honorarium*. (§. 773.*) Wenn ich einem also operas liberales umsonst leiste: so heißt der Contract *mandatum*; bekomme ich eine Belohnung dafür: so heißt es contractus facio ut des, oder do ut facias. Z. E. die Advocaten sollten in Rom den Clienten umsonst dienen. Zwischen dem Advocat und Clienten war also ein contractus mandati. Wenn ich einem gegen Bezahlung eines honorarii in einer Wissenschaft Unterricht gebe: so ist

es

es contractus do ut facias, wofern er nemlich voraus bezahlt, oder facio ut des, wenn er mich erst nach geendigtem Unterricht bezahlt.

Wer seine Dienste zu Verfertigung eines gewissen Werkes verdinget, der ist locator und conductor zugleich. Wenn man nemlich auf das anzulegende Werk selbst Rücksicht nimmt: so ist der Arbeitsmann *conductor* oder *redemtor*, nemlich *operis*, (er pachtet das Werk) und wer es machen läßt, *locator operis*, denn er verpachtet es. Sieht man aber auf die Arbeit, welche bey dem Werk geschieht: so ist der Arbeitsmann *locator*, nemlich *operarum*, denn er vermiethet seine *operas*; und der andere, zu dessen Nutzen diese Arbeit geschieht, *conductor operarum*; er miethet die Dienste. So sind die Gesetze zu vereinigen, welche die Worte locator und conductor nicht in einerley Verstand nehmen, und welche veranlaßt haben, daß über die richtige Bedeutung dieser Namen so viel geschrieben worden ist (* 1).

(1) *Hunn.* resolut. lib. 3. tract. 7. part. 2. p. 836. *Brummer* exercit. de locat. conduct. cap. 2. §. 1. 2. in eiusd. opusc. p. 388. sqq. *Wege* tract. de locat. cond. cap. 3. n. 4. sqq.

§. 883. Die wesentlichen Eigenschaften dieses Contractes.

Der Miethcontract ist von dem Kauf darinn unterschieden. Bey dem Kauf übergebe ich einem die Sache in der Absicht, daß sie sein eigen werden soll, in dem Miethcontract aber gebe ich sie nur zum Gebrauch. Indessen haben doch diese beyde Contracte viel ähnliches (* 1). Nemlich so wie in dem Kauf drey wesentliche Stücke vorkommen, **Einwilligung, Waare und Kaufgeld**, so hat auch der Miethcontract drey wesentliche Erfordernisse: **Einwilligung, Gebrauch einer Sache, oder Dienste, und Miethgeld.**

(1) So vieles, daß es zuweilen schwer zu sagen ist, ob ein gewisser Contract Kauf- oder Miethcontract sey. *Wege* cap. 5. n. 45. sqq. *Faber* rational. ad L. 65. de contr. emt. Struben rechtl. Bed. 5. Th. 98. Bed.

§. 884. Von welcher Zeit an ist der Miethcontract vollkommen?

Der Miethcontract ist ein contractus consensualis. Daraus folgt: 1) sobald die Contrahenten über den Gebrauch der Sache, oder über die zu leistende Dienste und über das Miethgeld sich vereinigt haben: sobald ist dieser Contract zur Vollkommenheit gelangt. Zuweilen aber wird ausgemacht: der Contract soll nicht eher verbindlich seyn, als bis er zu Papier gebracht, und von den Contrahenten unterschrieben seyn werde. In diesem Fall bleibt es bey dem Vertrag; solang der Contract nicht aufgesetzt und unterschrieben ist, kann jeder Contrahent wieder abgehen.

§. 885. Wer kann miethen und vermiethen?

Jeder kann daher 2) miethen und vermiethen, der einwilligen und über das Seinige disponiren kann. Doch sollen nach Römischem Recht a) die *decuriones*, (§. 139.) Soldaten (* 1) und Geistliche keine Landgüter pachten. Denn man glaubte, dieß sey unter der Würde der Decurionen; die Soldaten würden dadurch im Dienst, und die Geistliche in der Seelsorge gehindert. Heutigestages aber werden diese Gesetze nicht beobachtet (* 2). b) Die Vormünder sollen während der Vormundschaft keine Sachen, die dem Landesherrn oder Staate gehören, pachten; theils weil sie dadurch in ihren vormundschaftlichen Geschäften gehindert werden würden; theils weil der Fiscus Schaden leiden könnte, wenn der Vormund in schlechte Vermögensumstände käme, und der Pflegbefohlne wegen seiner ältern stillschweigenden Hypothek (§. 718.) dem Fiscus vorgienge. Heutigestags wird auch dieses Verbot nicht beobachtet, wenn der Vormund den Pupillen und dem Fiscus hinlängliche Sicherheit bestellen kann (* 3). c) Viele Rechtsgelehrte behaupten, daß Handwerksleute, welche bey ihrer Handthierung Geräusch machen, Grobschmidte, Schlosser, Kupferschmidte u. d. gl. sich nicht in die Nachbarschaft eines Gelehrten einmiethen dürften, wenn diese das Geräusch nicht leiden wollten. Dieß will man aus der L. un. C. de stud lib. (XI. 18.) beweisen. Allein dort steht nichts, als die öffentliche Hörsäle sollten so angelegt werden, daß Lehrer und Schüler nicht von andern Lehrern und Schülern durch Geräusch gestöhrt würden. Man muß also eine sehr ausdehnende Interpretation zu Hülfe nehmen, um jenen Satz aus dem Gesetz herleiten zu können (* 4).

(1) *Enenckel* de privileg. mil. lib. 2. priv. 11.
(2) G. *Beyer* themat. ex var. iur. select. Exerc. 10. th. 5. *Wege* tr. de loc. cond. c. 3. n. 43. *Boehmer* I. E. P. lib. 3. tit. 18. §. 7. sqq. *Christ. Gottl. Hommel* diss. de clerico rerum et operar. conductore, §. 5.
(3) *Brunnemann* ad L. 49. D. h. t. *Wege* cit. loc. n. 48.
(4) *Walch* controvers. p. 393. Weber von der natürl. Verbindlichkeit, 2. Abth. 206. Seite.

§. 886. Gegenstände des Miethcontracts.

Der Gegenstand des Miethcontractes sind Sachen und Dienste. Die Sachen müssen im Commerz seyn, und nicht durch den Gebrauch verzehrt werden (* 1). Ein Faß Wein, ein Malter Korn also kann ich nicht vermiethen. Denn eine vermiethete Sache soll in specie restituirt werden, und das geht bey fungiblen Sachen, wenn sie gebraucht sind, nicht an. Die Dienste müssen operae honestae, und ausserdem, wie L 5. §. 2. de praescript. verb. sagt, facta seyn, quae locari solent. Sie müssen honestae, erlaubte Dienste seyn. Wenn ich einen dinge, einen Dritten zu schlagen, zu verwunden, zu

tödten

tödten ꝛc. so entsteht keine Verbindlichkeit aus dem Vertrage. Was sind aber facta, quae locari solent? Die verschiedene Meynungen erzählt Wege (*2); am richtigsten ist wohl folgende Erklärung. Es giebt facta, die man zuweilen für Geld dem andern zu leisten übernimmt, ohne daß es gewöhnlich ist, den Contract einen Miethcontract zu nennen. Dergleichen sind a) operae liberales; b) auch andere facta, von denen der, welcher das Geld giebt, keinen unmittelbaren Nutzen hat. Z. E. wenn ich einem ein Stück Geld gebe, daß er einen Sklaven manumittiren; daß er eine gewisse Person heyrathen soll: so sagt man nach dem Redegebrauch nicht, daß ich ihn dazu gemiethet hätte, den Sklaven zu manumittiren, oder die Person zu heyrathen.

(1) Kann man Realservituten ohne das Gut, dem sie ankleben, verpachten? Ausser Zweifel ist, daß, wenn ich eine Sache verpachte, der Pachter auch die Dienstbarkeiten ausüben kann, welche der Sache zustehen. Z. E. wenn mein Garten das Recht hat, daß dessen Eigenthümer über den benachbarten Acker fahren dürfe, und ich den Garten verpachte, so kann der Pachter über den Acker fahren. Allein kann ich diese Dienstbarkeit auch ohne den Garten vermiethen. Dieses ist nach der L. 44. D. locati zu verneinen. Dort heißt es ausdrücklich: locare servitutem nemo potest. Man giebt eine Realservitut einem Grundstück zum Besten, und es ist nicht zu vermuthen, daß man das Verpachten habe erlauben wollen. *Voet.* ad Pand. tit. commun. praedior. n. 8. *Stryk* us. mod. tit. de serv. praed. rust. §. 11. Indessen ist die Frage doch streitig.
(2) *Wege* tr. cit. cap. 4. n. 49.

§. 887. Vom Miethgeld.

Das Miethgeld (merces) muß, so wie der Kaufschilling, in einer bestimmten Summe Geldes (pecunia numerata) bestehen. Wenn ich einem Dienste leiste, und er mir etwas anders als Geld dafür giebt: so ist es contractus innominatus, facio ut des, oder do ut facias. Leiste ich Dienste, und er thut mir andere dagegen: so ist es contractus innominatus, facio ut facias. Verstatte ich einem den Gebrauch meiner Sache, und bekomme dafür etwas, das nicht Geld ist, z. E. ich leihe einem mein Pferd, er giebt mir ein Malter Haber: so ist es ebenfalls contractus innominatus, nemlich do ut des. Nur in dem Fall, wenn ich einem eine fruchtbringende Sache vermiethe, mit dem Beding, daß er mir statt des Miethgeldes einen Theil der Früchte geben solle, so kann der Contract locatio conductio seyn. Nemlich entweder ist die Quantität der Früchte völlig bestimmt; er soll mir z. E. 3 Ohm Wein, 10 Malter Weizen geben; oder nur relativisch; z. E. ich bedinge mir die Hälfte, ein Drittel der Früchte aus. Im ersten Fall ist der Contract eine wahre locatio conductio (*1); im letzten aber heißt er colonia partiaria, und ist ein Mittelding zwischen Miethcontract und Societät. Im Deutschen heißt

ein solcher colonus partiarius ein Halbbauer, Halbmeyer, weil er gewöhnlich die Hälfte der Früchte abgeben muß (* 2).

(1) *Cocceii* iur. contr. h. t. quaest. 10.
(2) *Lauterbach* diss. de colono partiario in collect. diss. vol. 1. n. 21. *Stryk* V. M. h. t. §. 17.

§. 888. Erfordernisse des Miethgelds.

Das Miethgeld muß wie der Kaufschilling im Ernst festgesezt, billig und bestimmt seyn. Ich sage, es muß 1) im Ernst bedungen seyn (merces debet esse vera). Wenn es nur zum Schein ausbedungen wird, und ich einem den Gebrauch der Sache umsonst gebe: so ist der Contract ein commodatum. Leiste ich die Dienste umsonst: so ist es mandatum (* 1).

2) Es muß billig seyn (merces iusta), dem Nutzen, den der Miethsmann von der Sache oder den Diensten zieht, proportionirt. Ist es von den Gesetzen bestimmt: so darf der Miethsmann (conductor) nicht das geringste mehr nehmen. Ausserdem aber kommt nur eine Verletzung über die Hälfte in Betrachtung. Nur alsdann kann der Vermiether (locator) klagen, wenn das Miethgeld nicht halb so viel beträgt, als der Nutzen der Sache oder der Dienste; und der Pachter (conductor), wenn der Nutzen der Sache oder Dienste nicht halb so viel ausmacht, als das Miethgeld. Man wendet nemlich die L. 2. C. de resc. vend. auch auf den Miethcontract an, weil es eben so unbillig ist, einen im Pachtcontract, als im Kauf zu übersetzen (§. 870.)

3) Bestimmt; die Bestimmung kann übrigens so wie bey dem Kaufgeld, (§. 870.) von den Contrahenten selbst; sie kann auch von einem Dritten geschehen. Ist das Miethgeld nicht bestimmt, z. E. ich miethe eine Sache oder Dienste, und verspreche zu bezahlen, was billig ist: so ist der Contract keine locatio conductio, wofern nicht schon durch Gesetze oder Gewohnheit etwas bestimmt ist (nisi merces sit legitima). So ist z. E. der Lohn für Miethpferde, manche Arten von Handwerkslohn, der Lohn eines Taglöhners u. s. w. an jedem Ort durch Gesetze oder Gewohnheiten festgesetzt. Ist gar nichts festgesetzt, ich gebe einem den Gebrauch meiner Sache, oder leiste ihm Dienste, nicht in der Absicht, daß er eins oder das andere umsonst haben soll, und komme doch nicht zuvor über einen gewissen Lohn mit ihm überein: so müssen wir uns in der Folge über den Lohn vergleichen; wenn wir aber nicht einig werden können, so bestimmt ihn die Obrigkeit.

(1) *Vinn.* ad §. 1. I. h. t.

§. 889. Verbindlichkeiten, die aus dem Miethcontract entstehen.

1) Aus dem Miethcontract ziehen beyde Contrahenten Nutzen. Der Verpachter bekommt Miethgeld, der Pachter den Gebrauch einer Sache oder Dien-

Dienste. Daher muß jeder dem andern culpam levem präſtiren (* 1). Geht alſo z. E. das Pferd, welches ich gemiethet habe, durch meine Nachläſſigkeit zu Grund, und dieſe iſt von der Art, daß ſie kein ordentlicher Menſch würde begangen haben: ſo muß ich den Schaden erſetzen. Ich weiß einen Fall, da Jemand einem Miethpferd, ſtatt es mit einer Halfter anzubinden, einen Strick um den Hals legte, und es damit an die Krippe band. Das Pferd ſtrangulirte ſich, und der Miethsmann mußte den Schaden erſetzen; denn er war in culpa levi.

2) Der Pachter bezahlt das Pachtgeld, weil er den Nutzen der Sache genießt. Wenn er alſo a) durch die Schuld des Verpachters dieſen Nutzen nicht erhält; z. E. der Verpachter liefert die Sache nicht zur gehörigen Zeit; oder wenn b) Unglücksfälle ihm den gehofften Nutzen entziehen, z. E. wenn er ein Landgut gepachtet hat, und die Früchte durch Hagelſchlag ruinirt, vom Feind fouragiret werden: ſo kann er einen Nachlaß am Pachtgeld verlangen. Viele wichtige und ſtreitige Fragen in dieſer Materie werden in den Pandecten beantwortet (* 2).

6) Der Pachter wird nicht Eigenthümer der gemietheten Sache. Wenn daher die Sache durch einen Zufall zu Grund geht: ſo trägt der Pachter das Unglück nicht, ſondern es geht über den Verpachter als den Eigenthumsherrn. Indeſſen wird zuweilen ausbedungen, der Pachter ſolle den Caſus tragen. In dieſem Fall bleibt es bey der Abrede. Hieher gehört der contractus ſolidae. Ich überlaſſe einem den Gebrauch einer gewiſſen Anzahl Stück Vieh; dieſe werden taxirt, und der Pachter macht ſich anheiſchig, an die Stelle der abgehenden andere zu ſtellen, oder den Werth zu erlegen; z. E. ich verpachte einem mein Landgut, mit den darauf befindlichen Pferden, Rindvieh und Schafen; bedinge mir aber aus, daß er mir dereinſt nach geendigtem Pacht, dieſelbe Anzahl Vieh zurückliefern; oder ſtatt jedes abgehenden Stückes einen gewiſſen Preis erlegen ſoll. Man nennt das Vieh, das einem auf dieſe Art überlaſſen wird, eiſernes Vieh.

(1) *Hunn.* reſolut. lib. 3. tract. 7. part. 2. quaeſt. 6. pag. 848. glaubt, der Pachter müſſe culpam leviſſimam präſtiren, und vom locatore operarum behauptet eben dieſes *Cocceii* h. t. q. 30. Aber man ſ. *Brummer* l. c. pag. 429. ſqq.

(1) Einige vorzügliche hieher gehörige Schriften ſind *de Riedeſel* tr. de remiſſione mercedis ob calamitates bellicas Goett. 1760. cum praefat. *Io. Steph. Pütteri. G. L. Boehmer* diſſ. de obligatione locatoris ob impeditum rei locatae uſum, in Elect. iur. civ. tom. 1. n. 9. Carl Gottfr. Winkler Abhandl. von Kriegsſchäden, Leipzig 1762. 8.

§. 890. Fortſetzung.

Durch den Kaufcontract überlaſſe ich einem eine Sache auf immer, in dem

dem Miethcontract aber gebe ich ihm nur den Gebrauch der Sache, oder leiste Dienste auf eine Zeitlang. Daraus folgt, 1) daß der Miethcontract seine Endschaft erreiche, a) wenn die gesetzte Zeit verflossen ist; b) wenn die vermiethete Dienste geleistet sind; c) wenn das Recht des Verpachters aufhört. Dieser letzte Satz wird in der Note noch weiter aufgeklärt. Wenn ein widerruflicher Eigenthumsherr die Sache verpachtet, und sein Eigenthum aufhört: so nimmt auch ohne Zweifel der Miethcontract ein Ende. Z. E. wenn der Ehemann ein Dotalstück vermiethet hat, und die Ehe während der Miethzeit getrennt wird: so muß der conductor die Sache herausgeben. Aber was ist Rechtens, wenn der unwiederrufliche Eigenthümer seine Sache verpachtet, und sie während der Pachtzeit veräussert, z. E. verkauft: muß auch hier der Pachter weichen? Bricht der Kauf die Miethe? Nach dem Naturrecht und der Rechtsanalogie läßt sich dieß nicht behaupten. Denn der Verpachter hatte kein Recht, den Pachter während der Miethzeit zu vertreiben, wie kann er ein solches Recht auf einen andern übertragen? Indessen verordnet L. 9. C. de loc. cond. (IV. 65.) das Gegentheil; nemlich, daß der neue Eigenthümer, z. E. der Käufer den Conductor vor geendigter Pachtzeit austreiben könne. Die Gesetzgeber glaubten, es sey allzubeschwerlich für den Eigenthümer, wenn er die vermiethete Sache nicht verkaufen dürfte, und eine gute Gelegenheit, sie anzubringen, fahren lassen müßte (* 1). Wenigstens ist dieß die richtigere Meynung. Verschiedene Juristen (* 2) behaupten zwar das Gegentheil. Allein das angeführte Gesetz ist ganz deutlich, und die Erklärung, welche die Gegenparthey davon giebt, ist äusserst gezwungen (* 3).

2) Der Miethsmann darf ohne gerechte Ursache die gepachtete Sache nicht verlassen, und wenn er es thut, so muß er dem ungeachtet das ganze Miethgeld bezahlen. Ich sage, er darf es nicht ohne gerechte Ursache verlassen; ist dergleichen vorhanden, z. E. das gemiethete Haus ist so baufällig, daß es den Einsturz droht; die Kriegsläufte erlauben nicht, sicher auf dem gepachteten Landgut zu wohnen: so kann der conductor abziehen. Der Verpachter aber darf auch den Pachter vor geendigter Miethzeit nicht vertreiben, ausgenommen a) wenn er in zwey Jahren kein Miethgeld bezahlt (* 4), b) wenn er die Sache nicht contractmäßig gebraucht, z. E. das vermiethete Haus verdirbt, in der gepachteten Jagd keine Hegezeit hält u. d. gl. c) Wenn die Sache eine Reparatur nöthig hat, die das Ausziehen des Miethmannes nothwendig erfordert; d) wenn der Eigenthümer wegen eines unvermutheten Vorfalls seine Sache selbst nöthig hat. Also der Vorfall muß unvermuthet, und der eigene Gebrauch dem Eigenthümer nothwendig seyn (* 5).

(1) *Titius* ad *Lauterb.* obs. 197. Die Worte des Gesetzes sind:
(2) *Zoll* diss. ad L. 9. cit. *Rintel.* 1687. Dessen mit Zaunschliffer über diese Frage

Frage gewechselte Schriften und die ganze Geschichte des Streites erzählen die Hallischen Beyträge zur juriſt. gel. Hiſt. 2. Band, 525. u. f. f. Seite.

(3) *Cocceii* iur. controv. h. t. q. 22. *Wernher* part. 7. obſ. 3. *Ayrer* progr. de genere actionis adverſus conductorem cedere nolentem inſtituendae, in opuſc. tom. 1. num. 6. *Walch* controv. p. 399. Struben rechtl. Bed. 3. Th. 211. Seite.

(4) *Leyſer* ſp. 220. med. 1. *Pufendorf* tom. 4. obſ. 182.

(5) *Wege* cap. 12. n. 35. ſqq. *God. Lud. Mencken* diſſ. de iure expellendi colonum ob ſupervenientem neceſſit. in opuſc. n. 15. Struben Bed. 3. Th. 133. Seite.

§. 891. Von der Relocation.

Um die Materie von der Relocation gründlich einzuſehen, bemerke man folgende Sätze:

Eine Miethe iſt entweder die erſte, oder eine Relocation, Wiederpacht. Relocation heißt nemlich eine Fortſetzung des Miethcontractes.

Die erſte Miethe kann ausdrücklich, ſie kann aber auch ſtillſchweigend geſchloſſen werden. Einige Juriſten (* 1) behaupten zwar, die erſte Miethe könne nicht ſtillſchweigend eingegangen werden; aber ohne allen Grund (* 2). Wenn ich mich ſtillſchweigends in ein Transportſchiff begebe, das ſeinen Beſtimmungsort hat; oder wenn ich an einem Ort, wo Miethkutſchen auf großen Plätzen halten, in eine ſteige, und dem Miethkutſcher ſage, wo er mich hinfahren ſoll, ſo iſt offenbar eine locatio prima tacita vorhanden.

Die Relocation iſt ebenfalls entweder eine ausdrückliche oder ſtillſchweigende. Wenn nemlich der Pachter nach geendigter Miethzeit den Gebrauch der Sache mit Vorwiſſen und ohne Widerſpruch des Verpachters fortſetzt: ſo iſt die Sache ſtillſchweigends relocirt, und wenn ich einem die vermiethete Dienſte nach geendigter Zeit zu leiſten fortfahre: ſo ſind die Dienſte ſtillſchweigends relocirt.

Entſteht aber die Frage, wie lange die ſtillſchweigende Relocation dauere: ſo muß man folgende Fälle unterſcheiden: 1) Wenn in dem erſten Miethcontract darüber etwas ausgemacht iſt: ſo behält es dabey ſein Bewenden; wiewohl in dieſem Fall eigentlich keine ſtillſchweigende, ſondern eine ausdrückliche Relocation vorhanden iſt. 2) Wenn Geſetz oder Gewohnheit etwas beſtimmen: ſo iſt die Sache auch keinem Zweifel unterworfen. Die Studenten z. E. miethen gewöhnlich ihre Wohnzimmer auf ein halbes Jahr; bleibt alſo einer nach geendigter Miethzeit im Zimmer wohnen: ſo iſt die Miethe wieder auf ein halbes Jahr renoviret. 3) Wenn nichts ausgemacht iſt, auch nichts durch Geſetz und Gewohnheit beſtimmt iſt: ſo dauert die Relocation der Dienſte nicht länger, als bis ein Theil dem andern aufkündigt. 4) Ein gleiches iſt bey der Relocation eines praedii urbani, Wohnhauſes, Wohnzimmers,

einer Scheune u. s. w. zu behaupten. Hingegen 5) die Wiederpachtung eines praedii rustici dauert nach Römischen Recht Ein Jahr. Es fragt sich nun, läßt sich diese Verordnung auf Deutschland anwenden? In Italien kann man in Einem Jahr den vollen Nutzen von einem Landgut ziehen, in Deutschland aber geht dieß nicht immer an. Es gehören gewöhnlich drey Jahre dazu. Daher behaupten denn fast alle Juristen, daß bey uns die stillschweigende Relocation drey Jahre dauere (* 3).

(1) Z. E. *Bachov* ad *Treutler* vol. 1. disp. 29. th. 1. lit. C. verb. *vel tacite.*

(2) *Wernher* part. 1. obs. 68. *Leyser* sp. 213. med. 1. Struben rechtl. Bed. 3. Th. 214. Seite *Walch* p. 390. *Müller* ad *Leyser* obs. 435.

(3) Diese Sätze, nemlich der 3. 4. und 5. sind nicht ausgemacht, sondern sehr streitig. Man s. *Stryk* us. mod. h. t. §. 69. *Cocceii* iur. contr. h. t. q. 2. et 3. *Wernher* part. 1. obs. 16. part. 7. obs. 136. part. 9. obs. 2. *Leyser* sp. 214. m. 5. *Pufendorf* tom. 1. obs. 135. *Walch* contr. p. 396. Struben rechtl. Bed. 1. Th. 92. Seite *I. H. Boehmer* diss. de iuribus diversis ex climat. diverf. ortis §. 14. Ex. ad P. tom. 1. p. 288. und die Schriftsteller, welche von der stillschweigenden Relocation eigene Abhandlungen geschrieben haben, in der Lipenischen Bibl. Art. *relocatio.* Das Hauptgesetz in dieser Materie ist L. 13. §. fin. D. h. t. wo Ulpian sagt: quod autem diximus, *taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri*, ita accipiendum est, ut in ipso anno, quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovasse, non etiam in sequentibus annis, et si lustrum forte ab initio fuerat conductioni praestitutum. Sed et si secundo quoque anno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem in illo anno permansisse. Hoc enim ipso quo tacuerunt, consensisse videntur et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est. In *urbanis autem praediis* alio iure utimur, *ut prout quisque habitaverit, ita et obligetur*, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est. Die Worte *prout quisque* etc. und *nisi in scriptis* etc. machen die meiste Schwierigkeit. Jene, prout quisque etc. werden insgemein so erklärt, wie ich im Text gethan habe; die Relocation dauert solang, bis ein oder der andere Theil aufkündigt. Aber was sollen die letzte heissen, nisi in scriptis. Ich glaube mit Stryk und Leyser am a. O. daß Ulpian hier den Fall vor Augen habe, den ich im Text Num. 1. angeführt habe; wo nemlich im Miethcontract ausgemacht ist, daß im Fall nach geendigter Miethzeit ein Theil dem andern nicht aufkündigen würde, die Miethe noch so und solang continuirt werden sollte. Die meisten aber erklären diese Worte dahin, daß, wenn der Miethcontract über ein praedium urbanum schriftlich verfaßt sey, die stillschweigende Relocation solang dauere, als die erste Miethe. *Kunz* diss. de relocat. tac. §. 14. ibique cit. *Müller* ad *Leyser* obs. 438. Noch anderst erklärt *Pufendorf* l. c. diese Stelle. Er glaubt, daß auch bey schriftlichen Pachtcontracten über *praedia rustica* die Relocation solang als der erste Pacht währe. Diese Erklärung aber ist dem Zusammenhang offenbar zuwider. Ulpian redet offenbar in den letzten Worten nicht mehr von praediis rusticis. Da man übrigens von manchen praediis rusticis, z. E. einer Wiese, einem Garten ꝛc. in Einem Jahr den vollen Nutzen ziehen kann, so muß man billig behaupten, daß bey dergleichen

gleichen Grundstücken die Relocation, so wie nach Römischem Recht, nur Ein Jahr dauere. *Cocceii* ius controv. h. t. q. 2. *Hasenhart* diss. de reloc. tacita, §. 17.

§. 892. Klagen, die aus diesem Contract entstehen.

Der Miethcontract ist ein *contractus bilateralis aequalis nominatus*; er bringt daher zwey Klagen hervor, welche beyde *directae* sind, und ihren Namen von dem Contract bekommen; die eine heißt *actio locati*, die andere *actio conducti*.

§. 893. Von der actione locati.

Der Verpachter stellt sie gegen den Pachter und dessen Erben an, daß er a) das Pachtgeld, und zwar im Säumungsfall mit Zinsen, bezahlen, b) daß er die gepachtete Sache nach geendigter Pachtzeit herausgeben, und c) den Schaden ersetzen soll, den er der Sache, dolo, oder culpa lata oder levi zugefügt hat. Sind dem Pachtcontract noch besondere Verträge angehängt: so kann der Verpachter auch auf deren Erfüllung die Klage richten.

§. 894. Von der actione conducti.

Diese Klage stellt der Pachter gegen den Verpachter an. Er bittet, bey der *locatione rerum* den Verpachter anzuhalten, a) daß er die Sache mit allem Zubehör einräume oder einhändige, b) daß er den Pachter im Gebrauch der Sache nicht hindere. c) Daß er den verursachten Schaden vergüte, und d) die vom Pachter auf die Sache verwandte Kosten ersetze. Nemlich 1) die Kosten, in welche der Verpachter gewilliget hat, muß er ohne Unterschied ersetzen. 2) Auch die, in welche er nicht gewilliget hat, die aber doch zur Erhaltung der Sache nothwendig waren (impensas necessarias), ist er zu ersetzen schuldig. Desgleichen 3) die, welche der Sache einen höheren Werth geben, (utiles). Nur muß a) der höhere Werth auch nach geendigter Pachtzeit noch vorhanden seyn; b) dieser Werth allein, nicht die Auslagen kommen in Anschlag; c) die Kosten müssen nicht unmäßig seyn. Wenn es dem Verpachter nach seinen Vermögensumständen zu schwer wird, sie zu erstatten, oder wenn, nach dem Ermessen des Richters, die Kosten in Rücksicht der verpachteten Sache und des Pachtgeldes sich allzu hoch belaufen: so ist der Verpachter zu dem Ersatz der Uebermasse nicht verpflichtet. Es ist daher keinem Pachter zu rathen, dergleichen Kosten, ohne vorhergehende Einwilligung des Verpachters aufzuwenden. Was 4) der Pachter bloß zu seinem Vergnügen auf die Sache wendet (impensae voluptuariae), wird ihm nicht ersetzt (*1). In der *locatione operarum* geht die Bitte des Klägers dahin, daß der Beklagte die

vermiethete Dienste leiste, und den durch Unterlassung seiner Schuldigkeit verursachten Schaden ersetze.

(1) *Wege* tract. cit. cap. 9.

TIT. XXVI.

DE CONTRACTU EMPHYTEUSEOS.

§. 895. Uebergang zu dieser Materie.

Der emphyteutische Contract ist ein Mittelding zwischen dem Kauf- und Miethcontract. Die ältere Juristen disputiren daher, ob er ein Kauf oder eine Miethe sey (* 1). Er scheint ein Kauf zu seyn, denn der emphyteuta erlangt eine Art von Eigenthumsrecht; aber auf der andern Seite gleicht er auch dem Miethcontract, weil der emphyteuta eine jährliche Abgabe entrichten muß, und der dominus emphyteuseos Eigenthümer bleibt. K. Zeno verordnete daher, die emphyteusis sollte weder emtio noch locatio, sondern ein besonderer eigener Contract seyn.

(1) *Klinglin* diss. ad L. Zenonianam de emphytheusi, Argentor. 1751.

§. 896. Verschiedene Bedeutungen des Worts emphyteusis.

Zuweilen besitzt Jemand wüste Ländereyen; er wünscht, daß sie urbar gemacht, und gehörig gebauet würden, hat aber nicht Lust und Gelegenheit dieses selbst zu thun. Auch findet sich wegen der Mühe des Anrottens Niemand, der die Ländereyen auf eine Zeitlang pachten, und Pachtgeld dafür bezahlen will. Er giebt sie daher einem für sich, seinen Erben und Nachkommen zum nutzbaren Eigenthum, mit dem Beding, daß er sie anbauen, und zum Zeichen seines *dominii minus pleni* eine jährliche geringe Abgabe entrichten soll. In diesem Fall ist eine *emphyteusis* vorhanden. Dieses Wort, welches von ἐμφυτευειν, pfropfen oder überhaupt verbessern abstammt, hat dreyerley Bedeutungen. Es bedeutet entweder einen Contract, oder ein Recht oder eine Sache. Nimmt man es für einen Contract: so versteht man darunter den Consensualcontract, worinn ich einem das nutzbare Eigenthum eines Grundstückes (* 1) zu überlassen verspreche, mit dem Beding, daß er es verbessere, und zur Anerkennung meines Obereigenthums eine jährliche Abgabe entrichte. Versteht man aber ein Recht darunter: so bedeutet es das nutzbare Eigenthum, welches jemand unter dem Beding der Melioration und einer jährlichen Abgabe erhält. Endlich bedeutet emphyteusis auch oft die Sache,

welche

welche ich einem unter der eben beschriebenen Bedingung zu melioriren und zu geniessen gebe.

Die Veranlassung und Geschichte der emphyteusis bey den Römern ist folgende. Wenn sie ein Volk besiegten, so nahmen sie den Besiegten ein Stück ihres Landes ab, und theilten es entweder den Bürgern, insonderheit den Soldaten aus, oder machten es zum agro publico populi romani. Die schon angebaute Stücke gaben sie auf einen beständigen Pacht, und ließen sich eine verhältnißmäßige Abgabe (vectigal) davon entrichten; die wüste Stellen aber gaben sie zur emphyteusi. Die Kayser, die Kirchen, die Städte ahmten diese Anstalt in den folgenden Zeiten nach, sie gaben auch wüste Stücke Landes in emphyteusin. Endlich fiengen auch Privatpersonen an, ihre Güter auf diese Weise auszuthun, und man nennte nun dergleichen Güter *bona emphyteutica* auch *vectigalia*. Anfangs hatten die Besitzer nur ein persönliches Recht, nach und nach aber wurde dieß in ein dominium utile verwandelt.

Man denke übrigens nicht, daß jede emphyteusis durch einen Contract entstehe. Meistens liegt darinn der Ursprung der emphyteusis, aber doch nicht immer. Denn sie kann auch durch einen letzten Willen und durch Verjährung entstehen. Ich kann einem nemlich das nutzbare Eigenthum eines Grundstücks mit dem Beding der Melioration vermachen. Durch die Präscription läßt sich das emphyteutische Recht auf zweyerley Art erwerben. a) Wenn ein non dominus mir ein emphyteutisches Recht constituirt, und ich es 10 oder 20 Jahre lang bona fide ausübe; b) wenn ich das Gut ohne allen, oder doch ohne rechtmäßigen Titel 30 Jahr lang als eine emphyteusin besessen habe. Diejenige, welche die ausserordentliche Verjährung der Dienstbarkeiten statuiren, (§. 352.) behaupten, arg. L. 10. pr. si serv. vind. daß man auch auf gleiche Weise eine emphyteusin erwerben könne; wenn man nemlich mit Vorwissen und ohne Widerspruch des Eigenthümers ein wüstes Gut urbar mache, zehen Jahre lang besitze, und den Canon davon bezahle (* 2).

(1) Ob nur Grundstücke (praedia rustica), oder auch Gebäude in emphyteusin gegeben werden können, ist streitig. *Walch* controv. p. 402. Heutigestages können ohne Zweifel Gebäude, z. E. Mühlen ein Gegenstand dieses Contractes seyn.

(2) *Cocceii* iur. contr. tit. si ager vectigalis qu. 5.

§. 897. Personen in diesem Contract.

Die bey diesem Contract vorkommende Personen sind der dominus emphyteuseos und der emphyteuta. Wer nemlich von seinem Gut das nutzbare Eigenthum einem andern mit dem Beding giebt, daß er es verbessern, und eine jährliche Abgabe entrichten soll, heißt dominus emphyteuseos; wer aber ein Grundstück unter diesen Bedingungen erhält, heißt emphyteuta.

§. 898. Natur desselben.

Die emphyteusis ist ein Consensualcontract. Daraus folgt: 1) der Contract ist vollkommen, sobald die Partheyen übereingekommen sind; und 2) daß er schriftlich aufgesetzt werde, ist nicht nothwendig, sondern nur nützlich (probationis causa), damit, wenn dereinst über die Rechte und Verbindlichkeiten des domini oder emphyteutae Streit entsteht, man aus dem schriftlichen Contract den Beweis herholen kann (*1). Nur alsdann, wann eine Kirche ein Gut in emphyteusin giebt, soll nach der Vorschrift der allegirten Gesetze der Contract schriftlich aufgesetzt werden. Indessen gehört die Scriptur doch auch hier nicht zum Wesen der Sache; das heißt, auch eine solche emphyteusis ist, wenn die schriftliche Aufsetzung unterblieben ist, darum nicht ungiltig (*2). 3) Kein Contract giebt ein ius in re, sondern nur ein ius ad rem; also auch der emphyteutische Contract giebt nur ein persönliches Recht; das ius in re, das dominium utile erhält der emphyteuta alsdann erst, wann ihm das Grundstück übergeben wird.

(1) Die schriftliche Aufsetzung hält für nothwendig *Hunn.* resolut. lib. 3. tr. 7. part. 2. pag. 855.
(2) *Cocceii* l. c. qu. 2.

§. 899. Rechte des emphyteutae.

Der emphyteuta erhält ein nutzbares Eigenthum, dominium utile. Buri (*1) leugnet dieß, und will dem emphyteutae zwar ein dingliches Recht, aber kein Eigenthum zugestehen. Ich glaube aber, daß sich die gemeine Meynung gar wohl vertheidigen läßt. (S. oben §. 291.) Im Grund ist an der Sache wenig gelegen.

Die Rechte des emphyteutae sind: 4) Es gehören ihm alle Nutzungen und Früchte des Grundstücks, auch ein Schatz der darauf gefunden wird. 5) Er hat das Recht, Servituten auf das Gut zu legen (*2); z. E. er kann dem Nachbar die servitutem viae verstatten. Er kann die Gestalt des Gutes ändern, aus der Wiese einen Acker, aus dem Acker einen Garten machen, nur muß diese Veränderung dem Gut nicht zum Schaden gereichen. Er hat ferner 6) das Recht, das Gut sowohl titulo universali als singulari einem andern zu überlassen; titulo universali, das heißt, wenn einer das ganze Vermögen des emphyteutae bekommt: so erhält er auch das emphyteutische Gut; titulo singulari, der emphyteuta kann das Gut allein, ohne sein übriges Vermögen auf einen andern transferiren. Er kann es verschenken, vertauschen, verkaufen, noch vielmehr also verpfänden. 7) Wer aber alle Vortheile von einer Sache zieht, muß auch die Lasten tragen, daher muß der emphyteuta alle von der Sache zu entrichtende Abgaben entrichten.

(1) Von

(1) Von Buri Erläuterung des Lehnrechts S. 844. f.
(2) Anderer Meynung sind *Wernher* sel. obs. for. part. 1. obs. 223. p. 263. n. 12. *sqq.* v. Buri am a. O. S. 848. Allein da der emphyteuta das Gut veräussern kann, so ist ihm auch die Befugniß, es mit Servituten zu beschweren, nicht zu versagen. Indessen dauern dergleichen Dienstbarkeiten nicht länger, als das emphyteutische Recht. Sobald das Gut auf den Herrn zurückfällt, hören die ohne seine Einwilligung bestellte Servituten auf. *Grass* de reditu dominii legali, §. 64. n. 32. p. 213. den ich überhaupt in dieser Materie empfehlen muß.

§. 900. Fortsetzung.

Der emphyteuta kann auch 8) das emphyteutische Gut von jedem Besitzer vindiciren. Wenn nemlich ein anderer unrechtmässig in den Besitz des Gutes gelangt ist, so kann der emphyteuta die Reivindication gegen ihn anstellen. Selbst gegen den dominum emphyteuseos steht ihm die Klage zu, wenn er sich in den Besitz des Gutes gesetzt hat, und es dem emphyteutae vorenthält.

§. 901. Rechte des domini emphyteuseos.

Der dominus emphyteuseos hat das dominium directum. Vermöge dessen kann er 1) eine Abgabe fordern, welche *canon*, Erbzins, Eigenzins heißt. Sie wird nicht als ein Ersatz für die Früchte bezahlt, welche der emphyteuta genießt; sondern blos in recognitionem dominii directi, zum Zeichen und Beweis, daß der emphyteuta kein dominium plenum, sondern nur minus plenum habe. Daher ist auch dieser canon gewöhnlich den Früchten des Gutes nicht proportioniret, und wird nicht erlassen oder vermindert, wenn dem emphyteutae die Früchte durch Mißwachs oder feindliche Ueberzüge entgehen. Gewöhnlich muß dieser Erbzins alle Jahre entrichtet werden; allein es kann auch festgesetzt werden, daß er alle Monat, alle Vierteljahr, alle zwey Jahr gegeben werden solle. 2) Der emphyteuta kann zwar die emphyteusin veräussern, aber er muß doch dem domino directo die vorhabende Veräusserung anzeigen, damit dieser untersuchen könne, ob der neue emphyteuta zu Bau und Besserung des Gutes tüchtig sey. Ist er dieß, so kann der dominus die Veräusserung nicht verwehren (* 1). 3) Wenn der emphyteuta das Gut verkauft, so hat der dominus directus das Vorkaufsrecht (ius protimiseos). Dieses Recht aber muß er innerhalb zwey Monaten von Zeit der ihm geschehenen Anzeige ausüben. 4) Wer das emphyteutische Gut titulo singulari bekommt, (§. 899.) muß dem domino emphyteuseos den funfzigsten Theil des Werthes, oder 2 Procent dafür bezahlen, daß ihn derselbe als einen tüchtigen emphyteutam annimmt. Diese Abgabe heißt *laudemium*, heut zu Tage Handlohn.

(1) *Hert* decis. 901. n. 1. *Leyser* sp. 105. med. 2.

§. 902. Wie das emphyteutische Recht aufhört.

Das emphyteutische Recht hört auf 1) durch die Consolidation; wenn nemlich der dominus emphyteuseos das dominium utile an sich bringt, und mit seinem dominio directo vereinigt; oder wenn sich der emphyteuta das dominium directum erwirbt, und also beyde Eigenthumsrechte in seiner Person vereinigt. 2) Durch die Verjährung, wenn nemlich a) ein Dritter auf das emphyteutische Gut durch die Verjährung ein dominium plenum sich erwirbt. b) Wenn der dominus directus sich ein dominium plenum anmaßt, den emphyteutam als blosen Pachter behandelt, oder das Gut ganz einziehet, und selbst in Besitz nimmt, und der emphyteuta sich dabey 30 Jahre lang beruhigt. c) Wenn der dominus den canon fordert; der emphyteuta ihn verweigert; sich ein dominium plenum zuschreibt, und der dominus 30 Jahre lang acquiescirt. 3) Zur Strafe wird der emphyteuta seines Rechtes beraubt, wenn er den Canon einer Kirche zweymal nach einander, einem andern domino directo aber dreymal nicht bezahlt. In diese Strafe verfällt er a) ipso iure, das heißt, nicht erst von der Zeit an, da der Richter den emphyteutam seines Rechtes durch einen Sentenz verlustig erklärt; sondern sogleich, sobald der zweyte oder dritte Termin ohne Zahlung verstrichen ist (*1). Doch muß der dominus erklären, daß er den emphyteutam verstossen wolle. Stirbt er, ohne dieses erklärt zu haben, so ist der emphyteuta geborgen (*2). Aber kann der emphyteuta sein Aussenbleiben nicht wieder gut machen, (moram purgare) das heißt, wenn er nach Verstreichung des zweyten oder dritten Termins kommt, und den canon bringt, ehe sich der dominus noch erklärt hat, daß er den emphyteutam vertreiben wolle: muß der dominus den canon annehmen, und den emphyteutam auf dem Gute lassen? Nach dem Römischen Recht ist er dazu nicht verbunden. Das canonische Recht aber giebt in dem angeführten Text in geistlichen emphyteusibus dem emphyteuta die Befugniß, sein Aussenbleiben durch die Ueberbringung des canon wieder gut zu machen, und viele Juristen (*3) dehnen diese Verordnung auch auf weltliche emphyteuses aus. Daher ist es eine Cautel für den Herrn der emphyteusis, wenn er das Gut einziehen will, daß er sogleich nach Verfliessung der Zahlungstermine auf die Privation klagt. Denn nun kann sich der emphyteuta durch die Ueberbringung des Erbzinses von der Strafe nicht mehr befreyen. 4) Wenn der emphyteuta das Gut ohne Vorwissen des Herrn alienirt, oder 5) in hohem Grade verdirbt (*4). Nicht jede geringe Deterioration ist hinreichend, den emphyteuta seines Rechtes zu berauben. 6) Wenn das ganze Gut zu Grunde geht, z. E. vom Wasser weggerissen wird. Ich sage, das ganze Gut; denn der Untergang eines Theils endigt die emphyteusin nicht.

(1) Lau-

(1) *Lauterbach* coll. th. pr. tit. si ager vectigal. §. 22. *Voet*. ad Pand. ibid. num. 36. et 40.
(2) *Cocceii* iur. contr. tit. si ager vectigal. Qu. 8.
(3) *Carpzov*. P. 2. C. 38. def. 11. n. 6. *Struv*. Decis. Sabbath. cap. 10. decis. 13. *Brunnemann* ad L. 2. C. de iur. emphyteus. *Stryk* diss. de purgatione morae. cap. 4. n. 47.
(4) Die Nov. 22. cap. 8. redet zwar nur von der Emphyteusis einer Kirche. Aber billig dehnt man sie auch auf andere aus, wenigstens ist diese Ausdehnung in der Praxis angenommen. *Graff*. l. c. §. 45. n. 1. sqq. pag. 137.

§. 903. Klagen, die aus der emphyteusi entstehen.

Wenn die Frage ist, welche Klagen aus der emphyteusi entstehen: so muß man das emphyteutische Recht von dem emphyteutischen Contract unterscheiden. (§. 896.) Das emphyteutische Recht ist ein nutzbares Eigenthum, also ein dingliches Recht; es producirt folglich eine Realklage, reivindicationem utilem oder *actionem si ager vectigalis*. Der emphyteuta kann sich gegen jeden unrechtmäßigen Besitzer des Gutes anstellen. (§. 900. 8.) Aus dem contractu emphyteutico aber entstehen zwey Personalklagen, welche beyde actio emphytheuticaria heissen. Sie entstehen beyde gleich anfangs und wesentlich aus dem Contract, sind also beyde actiones directae. (§. 740.)

§. 904. Fortsetzung.

Die eine actionem emphyteuticariam stellt der emphyteuta gegen den Herrn oder dessen Erben an, daß man ihm das emphyteutische Gut versprochenermassen in den Besitz und Genuß geben soll. Die andere dieser Klagen wird von dem Herrn gegen den emphyteuta angestellt, und zwar dahin, daß der emphyteuta den rückständigen Canon entrichten; (wenn nemlich der Herr es nicht rathsam findet, zwey oder drey Termine abzuwarten, und alsdann auf die Privation zu klagen) das laudemium bezahlen, das Gut gehörig verbessern, kurz seine contractmäßige Schuldigkeiten erfüllen soll.

Billig muß ich hier noch etwas von den Deutschen Erbzinsgütern oder den Erbleihen anmerken. Diese Art Güter haben mit der Römischen emphyteusi große Aehnlichkeit, sind aber doch hauptsächlich in folgenden Puncten davon unterschieden. 1) Die emphyteusis wird auf alle Erben vererbt, (§. 899.) die Deutsche Erbleihe nur auf die, so vom ersten Erwerber abstammen. 2) Der emphyteuta kann das Gut veräussern, der Herr mag es gern sehen oder nicht; (§. 901.) der deutsche Erbleihmann aber kann ohne Einwilligung des Herrn keine Veräusserung vornehmen. 3) Bey der emphyteusi muß das laudemium bezahlt werden, ohne daß es im emphyteutischen Contract ausbedungen ist, der emphyteuta ist dazu ipso iure verbunden. Bey den Erbleihen ist dieß nicht. 4) In der emphyteusi wird das laudemium nur bezahlt, wenn das

Gut an einen successorem singularem alienirt wird, bey der Erbleihe müssen es oft auch die Erben bezahlen. 5) Der emphyteuta bezahlt den Canon nicht für den Genuß der Früchte (§. 901.) bey den meisten Erbleihen aber ist es anders ꝛc.

(1) S. *Glasmacher* diss. de potioribus diff. inter emphyteuses rom. et germ. Marb. 1769. *Spengel* diss. de natura et indole emphyteuseos Germ. Goett. 1771.

TIT. XXVII.

DE SOCIETATE.

§. 905. Was ist die Societät und wie vielerley?

Die Societät ist der vierte Consensualcontract. Um sich davon den richtigen Begriff zu machen, muß man zuvor den Begriff der Communion überlegen. Eine Communion, Gemeinschaft ist vorhanden, wenn mehrern Personen das Miteigenthum oder ein anderes Recht, es sey in re oder ad rem, zusteht. Was Miteigenthum (condominium) sey, ist oben (§. 290.) erklärt. Die Gemeinschaft kann nun durch einen Vertrag, sie kann auch auf andere Weise entstehen. Wenn z. E. mehreren eine Sache vermacht wird: so ist eine Gemeinschaft vorhanden, ohne daß die Legatarien einen Vertrag errichtet haben. Eine solche ohne Vertrag entstandene Gemeinschaft heißt *communio incidens*. Der Vertrag aber, wodurch eine Gemeinschaft eingeführt wird, heißt *societas*.

Die Societät läßt sich aus einem doppelten Gesichtspunct ansehen; man kann nemlich a) auf ihren Zweck, b) auf ihre Wirkung sehen. In Rücksicht auf den Zweck ist sie entweder *quaestuaria* sive *negotiatoria*, Maskobey, oder *non quaestuaria*. Bey der ersten haben die Gesellschafter die Absicht, etwas zu gewinnen, zu erwerben. Dergleichen ist z. E. eine Gesellschaft von Kaufleuten, die in Compagnie handeln; eine Gesellschaft von Fabricanten, die in Gesellschaft ihre Waaren fabriciren. Bey der non quaestuaria liegt eine andere Absicht zum Grunde. Dahin gehört z. E. die Gesellschaft, welche Ehegatten untereinander errichten.

In Rücksicht auf die Wirkungen ist die Gesellschaft ebenfalls zweyerley. Entweder werden die Gegenstände der Societät selbst, dem Eigenthum nach, gemeinschaftlich, (societas quoad sortem contrahitur) oder jeder socius behält das privative Eigenthum seiner Sachen, und nur der Gebrauch der Sachen wird gemeinschaftlich (societas initur quoad solum usum). Z. E. wenn

Kauf-

Kaufleute Capitalien zu einem Compagniehandel, Waaren zusammen bringen, wenn Ehegatten eine Gütergemeinschaft errichten: so wird das Eigenthum der Sachen gemeinschaftlich. Man denke sich aber den Fall, daß zwey Leute, deren jeder zwey Pferde hält, diese vier Pferde zusammen spannen, um Waaren zu transportiren. Hier geht die Gesellschaft nur auf den Gebrauch, nicht auf das Eigenthum. Man s. die 60. Tabelle.

§. 906. Die Gewerbegesellschaft ist dreyerley.

Die societas negotiatoria oder quaestuaria geht entweder a) auf alles, was die Mitglieder erwerben, das heißt, titulo oneroso erlangen, oder b) nur auf eine gewisse Gattung des Erwerbes; z. E. zwey Kaufleute handeln mit einer gewissen Waare in Compagnie, aber jeder führt auch noch mit andern Waaren für sich allein einen Handel, oder c) blos auf einzelnes Geschäft, z. E. Kaufleute, die sonst in gar keiner Gesellschaft stehen, kaufen in Compagnie eine Schiffsladung Caffee. Die erste Art der Societät heißt *generalis*, die zweyte *particularis* oder *specialis*, die dritte *singularis*.

§. 907. Die societas non quaestuaria ist von zweyerley Arten.

Die Gesellschaft, welche nicht des Gewerbes wegen eingegangen wird, ist entweder *universalis* oder *particularis*. Universalis heißt sie, wenn das gesammte Vermögen der sociorum, gegenwärtiges und zukünftiges, gemeinschaftlich ist; particularis, wenn nur ein Theil des Vermögens, oder auch nur eine einzelne Sache gemeinschaftlich wird. Z. E. zwey Personen halten zu ihrem Vergnügen ein Reitpferd in Gemeinschaft. Die allgemeine Gütergemeinschaft hat an verschiedenen Orten bey Ehegatten statt; ausserdem ist sie höchst selten, weil sie grosse Beschwerlichkeiten hat, wie wir im 912. §. sehen werden.

§. 908. Bestimmtere Erklärung der Societät.

Die Societät ist also ein Consensualcontract, worinn festgesetzt wird, daß mehrere Personen ihre Sachen oder Dienste, entweder des Erwerbes oder eines andern Nutzens wegen einander mittheilen, oder leisten wollen.

§. 909. Was gehört zu dessen Vollkommenheit?

Die Societät ist ein Consensualcontract. Zu ihrer Vollständigkeit gehört also nichts als die Einwilligung der Paciscenten. Indessen wird dadurch allein das Vermögen der Gesellschaftsglieder noch nicht gemeinschaftlich; das heißt, der Vertrag allein macht nicht, daß ein socius Miteigenthümer von den Sachen wird, die dem andern socio gehören, ob sie gleich zur Societät bestimmt sind, und vermöge des Contractes gemeinschaftlich werden sollen. Denn das Mit-

eigenthum ist ein dingliches Recht. Dingliche Rechte aber werden durch Verträge allein nicht übertragen, es gehört Tradition dazu. Also erst von der Zeit an, da ein Gesellschafter die Objecte der Societät dem andern übergiebt, erlangt dieser das condominium derselben. Eine Ausnahme ist bey der allgemeinen Gütergemeinschaft. Hier kommt das gesammte Vermögen der Gesellschaftsglieder in das condominium, sobald der Vertrag geschlossen ist, ohne daß die Interessenten einander das Vermögen übergeben; weil eine solche Tradition allzu weitläuftig und mühsam seyn würde. Z. E. wenn Ehegatten eine allgemeine Gütergemeinschaft eingehen: so gehört das Vermögen der Frau dem Manne, und des Mannes Vermögen der Frau, von dem Tage des Vertrages an. Es ist nicht erforderlich, daß die Ehegatten einander jedes Vermögensstück tradiren.

§. 910. Die Societät kann ungleich seyn.

Die Gesellschafter theilen einander Sachen mit, oder leisten einander Dienste; daß einer gerade das, und soviel in die Gesellschaft bringe, als der andere einbringt, ist nicht nöthig. Daraus folgt, 1) daß die Societät giltig ist, wenn einer mehr, der andere weniger beyträgt, z. E. der eine Kaufmann kann 10000, der andere 5000 beyschießen. 2) Auch kann eine Societät dergestalt geschlossen werden, daß ein Mitglied Güter hergiebt, das andere aber nur Dienste leistet; z. E. der eine Fabricant kauft Baumwolle und Farbematerialien und rothes türkisches Garn zu färben, der andere dirigirt blos die Färberey, und giebt nichts von seinem Vermögen her. Nur müssen die Dienste, welche ein Gesellschafter leistet, erlaubt und ehrbar seyn. Wenn sich nemlich mehrere Personen verbinden, durch unerlaubte Mittel etwas zu erwerben: so ist die ganze Verbindung unerlaubt, und ungiltig, hat daher die Rechte einer Societät nicht.

§. 911. Fortsetzung.

Wenn übrigens Jemand einer Gesellschaft Dienste leistet: so ist er darum nicht allezeit Mitglied der Gesellschaft; gar oft ist er nur Bedienter der Societät; z. E. eine Handelsgesellschaft nimmt Ladendiener, Buchhalter, Factore (institores) an, die keine Theilnehmer an der Societät sind. Will man übrigens beurtheilen, ob Jemand Mitglied der Gesellschaft, oder ihr bloser Bedienter sey: so muß man zusehen, ob er am Profit und Verlust participirt, oder ob er seinen gewissen Gehalt bekommt, die Societät mag nun Profit oder Schaden haben. Im ersten Fall ist er socius, im letzten Bedienter der Gesellschaft.

§. 912. Von der Verbindlichkeit der Gesellschafter.

Die Gesetze verordnen, 3) daß in der Societät culpa levis in concreto geleistet werden soll; das heißt ein socius ist schuldig, so viel Fleiß und Aufmerksam-

samkeit auf die Societätsgeschäfte zu verwenden, als er auf seine eigene zu verwenden pflegt. Nur alsdenn, wenn er jene nachläßiger behandelt als diese, ist er strafbar, und muß den Schaden ersetzen. Die Ursache liegt darinn: die Societät kann ich verlassen, sobald ich will. (§. 914.) Sehe ich also, daß mein Compagnon nachläßig ist, und setze dennoch die Gesellschaft mit ihm fort: so bin ich selbst schuld an dem Schaden, den ich durch seine Nachläßigkeit leide. In der communione incidente hat übrigens dieselbe Regel statt, weil man sie ebenfalls aufkündigen kann, sobald man will.

4) Ein socius, der sich eines Betrugs schuldig macht, wird mit der Ehrlosigkeit bestraft. Denn wenn ich mit einem Menschen in Gesellschaft trete: so setze ich in seine Ehrlichkeit ein großes Zutrauen. Hintergeht er mich also: so handelt er höchst schändlich.

5) Ein Gesellschaftsmitglied ist dem andern das beneficium competentiae schuldig, das heißt, wenn ein socius der Gesellschaft so viel schuldig bleibt, daß er nicht alles bezahlen kann, ohne an den Bettelstab zu kommen: so können die socii nicht alles von ihm verlangen, was er schuldig ist. Sie müssen ihm so viel lassen, als er zu seinem nöthigen Lebensunterhalt braucht. (§. 1138.)

6) In der allgemeinen Societät ist alles gemein; ein jedes Mitglied nimmt soviel aus der gemeinen Masse, als es braucht, wenn es auch gleich mehr braucht als das andre, und wenn es gleich nicht, oder vielleicht noch weniger Vermögen in die Societät gebracht hat, als das andre. Wenn z. E. einer von den sociis universalibus eine Tochter verheyrathen, einen Sohn studieren lassen will, so nimmt er die Ausstattung, die Studierkosten aus der gemeinen Masse, wenn gleich der andere socius keine Kinder, also dergleichen Ausgaben nicht hat. Daher ist diese allgemeine Societät so selten.

7) In andern Gesellschaften hingegen darf ein Gesellschafter nur ein seinem Beytrage proportionirtes Quantum aus der Societät nehmen; wer mehr beyträgt, zieht auch mehr, als der, welcher weniger beygetragen hat; z. E. wer in die Calenbergische Wittwencasse viel einlegt, dessen Wittwe bekommt einen größeren Gehalt, als dessen, der wenig einlegt (*1). Indessen kann durch Verträge ein anderes bestimmt werden; festgesetzt werden, daß obgleich die socii ungleiche Beyträge gethan haben, dennoch einer soviel aus der Gesellschaft ziehen soll, als der andere.

8) Wenn die socii mit einem Dritten contrahiren, und die Frage ist, was aus diesem Contract für Rechte und Verbindlichkeiten entstehen: so muß man folgende Fälle unterscheiden. a) Die socii haben zusammen mit dem Dritten contrahirt. Jetzt bekommen sie ein Recht pro rata (*2); z. E. also A. und B. sind socii. A. hat $\frac{2}{3}$ in der Societät, B. $\frac{1}{3}$. Sie contrahiren mit C, und dieser wird ihnen 300 fl. schuldig, an dieser Summe hat A. 200 und B. 100 zu

fordern. Auch werden sie pro rata verpflichtet (* 3). b) Ein socius allein contrahirt, und zwar in eigenem, nicht in der Societät Namen. c) Ein socius schließt im Namen der Societät zwar, aber ohne Vollmacht dazu zu haben. In diesen beyden Fällen bekommen die übrigen weder Rechte noch Verbindlichkeiten aus dem Contract (* 4), wofern nicht die ganze Societät Nutzen aus dem Contract gezogen hat. Z. E. ein socius verkauft Waaren, und bringt den Betrag der Societät in Einnahme. Denn nun hat actio de in rem verso gegen die Societät statt, wenn gleich der contrahirende socius nicht im Namen der Societät, oder ohne Vollmacht gehandelt hat (* 5). d) Der contrahirende socius hat vor den andern Vollmacht gehabt, und dieser Vollmacht gemäß contrahiret. Wenn dieß ist: so sind die andern in solidum verbunden, und erhalten auch ein Recht in solidum aus dem Vertrage (* 6).

(1) *Huber* in praelect. ad I. h. tit. n. 2. *Schulting* in thes. iur. controv. Decad. 62. thes. 7. und andere behaupten, daß, wenn nicht ausgemacht sey, wie viel jeder socius aus der Gesellschaft erhalten solle, die Theilung nach den Köpfen gemacht werde, und einer so viel bekomme, als der andere. Ihr Grund ist, weil *Ulpian* in der L. 29. pr. D. h. t. sagt: Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. Allein diese Meynung ist vernunftwidrig. Ulpian setzt ohne Zweifel den Fall voraus, wo ein Gesellschafter so viel beygetragen hat, als der andere, oder partes *aequae* heisse bey ihm verhältnißmäßige Theile. *Thomasius* ad *Huber* l. c. *Noodt* an Pand. tit. pro soc.
(2) Arg. L. 4. pr. D. de exerc. act. L. 9. C. si cert. pet.
(3) L. 44. §. 1. D. de Aedilit. edict. *Pufendorf* tom. 4. obs. 24.
(4) Arg. L. 28. et 52. §. 5. L. 63. §. 1. D. h. t. L. 13. C. si cert. pet.
(5) L. 82. D. pro soc. L. 4. §. 1. D. de exerc. act. L. 13. in f. D. de instit. act.
(6) Arg. L. 1. §. f. L. 2. D. de exerc. act.

§. 913. Von der Erwerbgesellschaft.

Die bisher vorgetragene Regeln haben in allen Arten von Gesellschaften statt. In der societate quaestuaria aber ist noch folgendes zu bemerken: 1) Jeder Compagnon muß in derselben etwas beytragen. Wenn die Gesellschaft aus Freundschaft einen am Profit Theil nehmen läßt, der nichts, weder Güter noch Dienste, beyträgt: so ist es eine Schenkung, und er ist kein wahrer socius. Aber die sogenannte societas Leonina (* 1) ist keine wahre Societät. Man versteht darunter eine Gesellschaft, wo der eine Gesellschafter allen Nutzen allein zieht, der andere allen Schaden allein trägt. Wenn eine Gesellschaft einem Menschen aus Freundschaft, um ihm eine Wohlthat zu erzeigen, verspricht, daß er, im Fall sie Profit haben, denselben allein erhalten; im Fall aber, daß Verlust herauskommt, nicht daran Theil nehmen soll: so ist der Vertrag giltig; nur ist dieser Mensch kein wirklicher Gesellschafter. Ist aber ein Betrug bey der Sache passirt, das heißt, ein Gesellschafter hat die Einrich-

richtung der Societät so gemacht, daß er allen Profit allein; der andere allen Schaden allein hat: so kann der Hintergangene desfalls Klage führen.

2) Wenn die Frage entsteht, wie Gewinn und Schaden in dieser Societät zu vertheilen sind: so muß zuförderst auf die Verträge Rücksicht genommen werden. Haben nemlich die Gesellschafter festgesetzt, wie viel jeder am Gewinn und Verlust participiren soll: (si partes expressae) so bleibt es dabey. Gesetzt auch, daß nach dem Vertrag ein Gesellschafter mehr vom Gewinn bekommen soll, als er nach Proportion seines Beytrags bekommen sollte; oder gesetzt, daß die Theilnehmung am Schaden anders bestimmt wäre, als am Profit; z. E. es wäre ausgemacht, A. soll $\frac{1}{3}$ vom Schaden, hingegen $\frac{2}{3}$ vom Profit haben; und B. soll $\frac{2}{3}$ vom Schaden, aber nur $\frac{1}{3}$ vom Profit übernehmen: so ist dem ungeachtet der Vertrag giltig (*[2]). Ist nichts ausgemacht, so richtet sich die Theilnehmung sowohl am Gewinn als Verlust nach den Beyträgen; z. E. der Gesellschafter A. hat 10000 fl. der andere B. 15000 fl. beygetragen, der zu theilende Profit ist 5000 fl. Hier heißt es: 25000 fl. haben 5000 fl. Profit zu theilen, wieviel bekommen 10000 fl.? Antwort 2000 fl. Wieviel bekommen 15000 fl.? Antwort 3000 fl.

(1) Der Name Löwengesellschaft ist aus der bekannten Phädrischen Fabel genommen, wo der Löwe mit andern Thieren in Gesellschaft auf die Jagd geht, den gejagten Hirsch in vier Theile zertheilt, und sich alle vier unter verschiedenen Titeln zueignet, also allen Profit der Gesellschaft allein behält.

(2) Das berühmte Gesetz L. 30. D. pro soc. sagt: Mucius lib. 17. scribit, non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat. Servius in notatis Mucii ait, nec posse, (man kann es freylich nicht, denn es ist widersprechend) societatem ita contrahi; neque enim lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto, neque damnum, nisi omni lucro deducto. (Der Vertrag hat keinen Sinn, du sollst vom Gewinn $\frac{1}{3}$ und vom Verlust $\frac{2}{3}$ haben; denn wenn die Gesellschaft Gewinn hat, so hat sie keinen Verlust, und umgekehrt. Gewinn ist nicht vorhanden, als wenn nach Abzug des Schadens noch Vortheil übrig bleibt; und Verlust ist erst alsdann da, wenn nach Abzug des Vortheils noch Schaden übrig ist.) Sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit, omni damno deducto, pars alia feratur; et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur. (Wenn die Gesellschaft einen Gewinn macht, sollst du davon $\frac{1}{3}$ haben, wenn sie hingegen Verlust hat, sollst du davon $\frac{2}{3}$ tragen.) Die Florentinische Lesart des Gesetzes ist also richtig, und bedarf keiner Verbesserung. Ob übrigens Mucius den Satz, welchen Servius in den Worten: sed potest coiri etc. vorträgt, geleugnet habe, oder nicht, lasse ich dahin gestellt seyn. Jenes behauptet Justinian §. 2. I. h. t. dieses unter andern *Püttmann* interpr. et observ. cap. 18.

§. 914. Wie wird die Gesellschaft geendigt?

Die Gesellschaft wird geendigt, 1) wenn ein socius stirbt, oder den bürger-

gerlichen Tod, d. i. die größte oder mittlere Capitis Deminution leidet. Dieß geschieht nicht nur alsdann, wenn die Gesellschaft nur aus zwey Mitgliedern, sondern auch, wenn sie aus mehreren, aus zehen, hunderten u. s. w. besteht, und einer stirbt; denn die andern sind nicht genöthigt, die Gesellschaft fortzusetzen. Der Grund ist: gerade der mit Tode abgegangene socius, seine Geschicklichkeit, seine Ehrlichkeit, kann mich bewogen haben, in die Gesellschaft zu treten.

Die Anmerkung sagt: a) wenn man behauptet, daß die Societät selbst nicht auf die Erben geht: so muß man daraus nicht schließen, daß die Verbindlichkeit aus diesem Contracte nicht auf die Erben übergehe. Die Societät geht nicht auf die Erben, das heißt, der Erbe eines verstorbenen socii kann nicht gezwungen werden in der Societät zu bleiben; aber die Verbindlichkeit aus der Societät geht auf die Erben, das ist, die Erben des socii müssen über die Facta ihres Erblassers Rede und Antwort geben. b) Eine Ausnahme ist in der societate vectigalium. Die Römer verpachteten ihre öffentliche Einkünfte an große Gesellschaften, diese hiessen societates vectigalium. Wenn einer in diesen Gesellschaften abgieng: so mußten seine Erben die Gesellschaft fortsetzen. c) Wenn ein socius stirbt, und die andern wollen in Gesellschaft bleiben: so ist es ihnen unverwehrt; aber es ist eigentlich die alte Gesellschaft nicht mehr, sondern eine neue. Auch können die socii mit einander ausmachen, daß wenn einer von ihnen sterben würde, die Gesellschaft unter den übrigen fortdauern solle.

Die Gesellschaft hört auf, wenn alle socii in die Aufhebung willigen. Wenn aber auch nur Einer will: so können ihn die Andern nicht davon abhalten. Dies ist sonderbar, denn die Societät ist ein Bilateralcontract; ein solcher Contract aber kann sonst nicht anderst, als mit Einwilligung der sämmtlichen Interessenten aufgehoben werden. Die Ursache, warum die Gesetze in der Societät eine Ausnahme gemacht haben, ist odium communionis: die Gemeinschaft ist eine Mutter vieler Streitigkeiten. Die Gesetzgeber halten es daher nicht für rathsam, einen gegen seinen Willen in einer Societät zu behalten. Wenn sogar ausgemacht wäre, daß kein socius ohne den Willen der andern die Gesellschaft verlassen solle: so kann doch jeder, sobald es ihm gefällt, herausgehen (renunciare potest societatem). Die Absicht, die Societät zu verlassen, kann übrigens ein socius sowohl stillschweigends als ausdrücklich erklären: stillschweigends, wenn er z. E. sich der gesellschaftlichen Geschäfte nicht mehr annimmt; den Ort verläßt, wo die Societät ihr Comtoir hat, und wo er als socius nothwendig seyn müßte.

Indessen wenn ein socius aus der Gesellschaft treten will, so muß es a) in Gegenwart der andern sociorum geschehen. Wenn ein abwesender socius

die

die Gesellschaft verläßt, so ist die Regel: ehe die Gesellschaft Nachricht von seiner Aufkündigung erhält, muß der abgegangene socius allen Schaden tragen helfen, den die Gesellschaft erleidet, hingegen am Profit nimmt er keinen Theil mehr. Und wenn er für sich einen Profit macht: so muß er ihn mit den übrigen sociis theilen, wenn er aber Schaden leidet, ihn allein tragen (* 1). S. die 61 Tabelle. b) Die Aufkündigung muß nicht aus betrüglichen Absichten geschehen: in der Absicht nemlich einen profitabeln Handel allein zu schließen, und die andern socios an dem Profit keinen Theil nehmen zu lassen. Liegen solche Absichten zum Grunde, so ist der abgegangene socius schuldig, den Profit, welchen er bey dem Handel macht, mit den übrigen zu theilen: täuscht ihn aber seine Hoffnung, daß er Schaden bey dem Handel leidet, so muß er ihn allein tragen. c) **Nicht zur Unzeit**, das heißt, nicht in einem Zeitpunct, wo die Societät ohne Schaden nicht aufgehoben werden kann, weil z. E. die Societätswaaren nicht in billigen Preisen angebracht werden können.

(1) *Laur. Andr. Hamberger.* diss. de renunciatione societatis absenti facta, in opusc. pag. 277. sqq.

§. 915. Fortsetzung.

Die Societät hört 3) auf, wenn das Geschäft geendigt ist, um dessen willen man sie geschlossen hatte. Z. E. mehrere Personen übernehmen in Gesellschaft eine Fouragelieferung. Wenn diese geschehen ist: so hat die Gesellschaft ein Ende. 4) Wenn die Zeit verflossen ist, auf welche sie eingegangen war. 5) Wenn die Gesellschaft banquerout wird, und *bonis* cediret, das heißt, ihre Casse, ihr ganzes Vermögen den Gläubigern an Zahlungsstatt hingiebt; oder wenn die Societätsgüter confiscirt werden, weil z. E. die Gesellschaft mit Contrebandwaaren gehandelt hat. 6) Wenn der Gegenstand der Gesellschaft zu Grunde geht, z. E. wenn das Pferd, das ich mit einem in Gemeinschaft hielt, crepiret.

§. 916. Von der actione pro socio.

Aus dem Societätscontract entsteht die actio *pro socio*, Gesellschaftsklage. Sie ist *utrinque directa*, das heißt, sie ist allemal directa, es mag sie nun anstellen, welcher socius wolle. Meistens kommt es erst zu dieser Klage, wenn die Gesellschaft geendigt ist; doch hat sie auch während der Gesellschaft statt. Sie wird angestellt von einem Gesellschafter gegen die andern oder deren Erben, daß sie die versprochene Beyträge zur Gesellschaftscasse thun, oder die versprochenen Dienste leisten, über die geführte Administration der Gesellschaftsgüter Rechnung ablegen, den Gewinn zur Theilung bringen, ihr Antheil am erlittenen Verlust tragen, und den durch Vorsatz oder culpam levem in concreto zugefügten Schaden ersetzen sollen.

§. 917. Fortsetzung.

Diese Klage geht also nur auf *praestationes personales*, das heißt dahin, daß der socius die Pflichten erfüllen soll, die er als socius übernommen hat. Wenn man aus der Societät gehen will, und verlangt, daß die Societätsgüter getheilt werden sollen: so muß man nicht actionem pro socio, sondern actionem communi dividundo anstellen. Denn wer die Theilung der gemeinschaftlichen Güter verlangt, der gründet sich auf sein Eigenthumsrecht, also auf ein ius in re. Die Gesellschaftsklage aber ist eine persönliche Klage (* 1).

(1) *Vinn.* sel. quaest. lib. 1. cap. 36.

TIT. XXVIII.

DE MANDATO.

§. 918. Was ist das mandatum?

Das *mandatum*, im Deutschen Bevollmächtigung, Auftrag, Commission, ist der letzte Consensualcontract. Es ist ein Contract, wodurch sich Jemand verpflichtet, ein erlaubtes Geschäft des andern in dessen Namen ohne Lohn zu verrichten. Wer das Geschäft verrichtet, heißt *mandatarius* oder *procurator*, der Bevollmächtigte; der, in dessen Namen es geschieht, *mandans*, der Principal. Gattungen der Bevollmächtigten sind die Schiffscapitaine, *magistri navis*, und die Factore, *institores*. Unten im 7. Titel des 4. Buchs werden sie näher beschrieben werden.

§. 919. Dessen Unterschied von andern Contracten.

Die Bevollmächtigung ist also 1) von der negotiorum gestione verschieden. Denn die Bevollmächtigung ist ein wahrer Contract; die negotiorum gestio ein quasi contractus. Im mandato erkläre ich, daß ich mein Geschäft vom andern will verrichten lassen. Bey der negotiorum gestione aber versieht Jemand mein Geschäft, ohne dazu Auftrag von mir zu haben. 2) Von dem Miethcontract. Wenn mir nemlich Jemand seine Dienste vermiethet: so läßt er sich dafür einen Lohn versprechen; der mandatarius aber verrichtet das Geschäft umsonst. 3) Vom Rath. Wer einem andern einen Rath giebt, ist kein mandans, und wer den Rath empfängt, kein mandatarius: denn wer den Rath empfängt, ist nicht schuldig, ihn zu befolgen, der mandatarius aber ist schuldig das Geschäft zu besorgen. Auch ist der mandans verbunden, den mandatarium zu entschädigen, wenn er bey dem Auftrag Schaden leidet. Der Rathgeber aber ist nicht schuldig, für den üblen Ausgang seines Rathes zu haften;

haften; auſſer a) wenn er ihn in der boshaften Abſicht zu ſchaden, oder b) auf ſeine Gefahr gegeben, das heißt, dabey erklärt hat, er wolle für die gute Wirkung ſtehen, und für allen Schaden gut ſeyn. c) Wenn er ſich für einen Kunſtverſtändigen ausgiebt, und der Rath unvernünftig iſt. Z. E. wenn ein Pferdearzt mir Pferdearzeneyen vorſchlägt, die ſo offenbar ſchädlich ſind, daß meine Pferde davon crepiren (*1). 4) Von der Empfehlung. Ich empfehle einem etwas, wenn ich einem die gute Eigenſchaft einer Perſon oder Sache rühme: Dieſe iſt von dem mandato ebenfalls unterſchieden. Der, bey welchem die Empfehlung geſchieht, iſt nicht ſchuldig ſie anzunehmen; und der Empfehlende iſt nicht verpflichtet für den Ausgang zu haften, wenn er entweder a) nicht vorſetzlich und wiſſentlich etwas ſchlechtes empfohlen, oder b) ſich verbindlich gemacht hat, für allen Schaden zu ſtehen; oder c) ein Kaufmann dem andern Jemand, um ihm Credit zu machen, empfiehlt. Denn unter Kaufleuten iſt es eingeführt, daß der Empfehlende in dieſem Fall als Bürge für den Empfohlenen haftet (*2). 5) Vom Befehl. Denn dieſer ergeht an ſolche Perſonen, die in meiner Gewalt ſind, an meine Kinder oder Sklaven. Das mundatum aber ergeht an ſolche Perſonen, die mir nicht unterworfen ſind.

(1) *Lauterbach* diſſ. de conſiliis eorumque iure. Cramers N. St. 45. Th. 3. Stück. *Müller* ad *Leyſer* obſ. 377.

(2) *Finckelthaus* obſ. 16. n. 7. *Marquard* de iure mercator. p. 2. cap. 11. n. 69. *Stryk* uſ. mod. tit. mandat. §. 10. *Wernher* tom. 1. part. 1. obſ. 167. Es will zwar *Wernher* ad *Boehmer* tit. mandat. §. 11. dieſen Satz wegen Ermangelung eines Geſetzes nicht gelten laſſen; allein die unter Kaufleuten übliche Gewohnheit vertrit die Stelle eines geſchriebenen Geſetzes.

§. 920. Erſte Eintheilung des mandati.

Das mandatum kann ausdrücklich, es kann auch ſtillſchweigends ertheilt werden. Im erſten Fall iſt weder eine Formel, noch ein ſchriftlicher Aufſatz nöthig. Stillſchweigend bevollmächtige ich einen, wenn ich erlaube, daß er in meiner Gegenwart mein Geſchäft verrichtet. Z. E. wenn ich mit einem auf die Meſſe gehe, und weil ich weiß, daß er eine Uhr kaufen will, in ſeiner Gegenwart mit einem Uhrhändler einen Handel ſchlieſe.

§. 921. Zweyte Eintheilung.

Wenn das mandatum auf ein einzelnes Geſchäft gerichtet iſt: ſo heißt es *ſpeciale*. Gebe ich aber eine Vollmacht, alle meine Geſchäfte zu beſorgen, weil ich z. E. eine lange Reiſe antreten will, oder durch eine langwierige Krankheit auſſer Stand geſetzt bin, meinen Sachen ſelbſt vorzuſtehn: ſo iſt es *mandatum generale*. Sind die Geſchäfte im Gericht zu verrichten: ſo

heißt es *mandatum iudiciale*, ratione *obiecti*; sind es aber aussergerichtliche Geschäfte: so ist es *mandatum extraiudiciale*. Ein gerichtliches mandatum hat z. E. ein Anwald, der in meinem Namen im Gericht erscheint, und meinen Proceß führt; einen aussergerichtlichen Auftrag hat einer, den ich auf den Markt schicke, um mir Pferde zu kaufen.

§. 922. Dritte Eintheilung.

Das mandatum wird aber auch in Ansehung der Art, es auszustellen, in das gerichtliche und aussergerichtliche eingetheilt. Nemlich, wenn ich vor der Obrigkeit erkläre, daß ich diesen Menschen zu meinem Bevollmächtigten ernennt haben wolle: so ist es *mandatum iudiciale ratione modi*. Erkläre ich dieß privatim, mündlich oder schriftlich: so gebe ich eine aussergerichtliche **Vollmacht** (*mandatum extraiudiciale ratione modi*). Das mandatum ist ferner entweder *purum*, oder *in diem dilatum*, oder *conditionatum*. Wenn Jemand nur eine gewisse Zeitlang meine Geschäfte besorgen soll: so hat er ein mandatum in diem dilatum. Bekommt er nur unter einer gewissen Bedingung Vollmacht, so heißt sie mandatum conditionatum; purum endlich, wenn weder Zeit, noch Bedingung beygefügt sind.

§. 923. Vierte Eintheilung.

Das mandatum ist entweder *in rem suam* oder *alienam*; das letzte ist das gewöhnlichste. Wenn ich einem Vollmacht gebe, daß er meine Geschäfte zu meinem Nutzen besorgen soll: so ist er mandatarius in rem alienam. Hingegen wenn Jemand ein fremdes Geschäft, aber zu seinem eignen Vortheil besorgt; das heißt, wenn er eine Forderung in meinem Namen einklagt, die ich ihm doch gänzlich abgetreten habe, so heißt er mandatarius oder procurator in rem suam. Bey den Römern war dieses mandatum gewöhnlicher als bey uns. Nemlich nach dem alten Römischen Recht konnte einer eine Forderung, die ich ihm abtrat, nicht in seinem eigenen Namen einklagen; er mußte es als mein Bevollmächtigter in meinem Namen thun. (§. 992.) Da aber in den neuen Gesetzen diese Regel aufgehoben, wenigstens unnütz gemacht worden ist: so ist auch das mandatum in rem suam fast gänzlich abgekommen. Ich sage fast gänzlich: denn zuweilen kommt es doch noch vor, wenn nemlich Jemand sich eine Schuld cediren läßt, und nicht will, daß die Cession bekannt werden soll, wozu er mancherley Ursachen haben kann. In diesem Fall klagt er sie blos als Bevollmächtigter des Cedenten ein.

§. 924. Fünfte Eintheilung.

Die letzte Eintheilung des mandati ist in *simplex* und *qualificatum*. Simplex heißt es, wenn Jemand meine Geschäfte zu meinem Besten besorgt;

qua-

qualificatum aber, wenn ich einem auftrage, etwas zum Besten eines Dritten, aber auf meine Gefahr zu thun; deutlicher: wenn ich einen ersuche, einem Dritten etwas zu borgen, und erkläre, daß ich für die Schuld haften wolle. Z. E. ich ersuche einen Kaufmann, meinem auf der Academie studierenden Verwandten Conto zu geben, und verspreche die Zahlung zu leisten. Wer ein solches mandatum giebt, heißt *mandator*; da man einen andern Bevollmächtiger *mandantem* nennt. (§. 918.) Er ist als ein Bürge anzusehen. (§. 835.)

§. 925. Wesen dieses Contractes.

Aus dem Begriff der Bevollmächtigung fließt, 1) daß dieser Contract nichts als die Einwilligung beyder Theile erfordere, denn er ist ein Consensualcontract. Diese Einwilligung muß übrigens nicht nothwendig vor angefangenem Geschäft ertheilt werden. Wenn nemlich Jemand meine Geschäfte besorgt, so sind drey Fälle möglich. Der erste: ich gebe meine Einwilligung dazu, noch ehe er die Geschäfte unternimmt. Hier ist es ohne Zweifel ein contractus mandati. Der zweyte Fall: Jemand fängt mein Geschäft ohne Auftrag zu besorgen an, und ich gebe meine Einwilligung, ehe es vollendet ist. Auch hier ist ein mandatum vorhanden, das heißt, ich muß das, was schon geschehen ist, eben so gut anerkennen und gelten lassen, als wenn ich zum voraus Auftrag dazu ertheilt hätte. Der dritte: Jemand hat das Geschäft ohne Auftrag nicht nur angefangen, sondern auch zu Ende gebracht, und ich consentire nun erst. Jetzt ist kein mandatum, sondern ein Quasicontract, eine negotiorum gestio vorhanden.

2) Das mandatum setzt ein erlaubtes Geschäft voraus. Wenn ich einem auftrage, etwas unerlaubtes zu thun, z. E. Jemand zu prügeln: so entsteht auf seiner Seite keine Verbindlichkeit, den Auftrag zu befolgen, und wenn er ihn befolgt, und dabey Schaden leidet: so bin ich nicht verbunden, ihn zu entschädigen.

3) Das mandatum wird der Regel nach **unentgeltlich**, das heißt, dergestalt übernommen, daß der mandatarius kein vollkommenes Recht hat, etwas für seine Bemühung zu fordern. Indessen erlaubt doch das Römische Recht, in dem Mandatscontract ein honorarium zu versprechen, eine Belohnung, die nicht sowohl ein Aequivalent für die Dienste des mandatarii, als ein Zeichen der Dankbarkeit des Principals ist (*[1]). Die gerichtlichen Anwälde z. E. sind mandatarii, und dem ohngeachtet lassen sie sich honoraria versprechen. Ja, wenn man dem mandatario nichts versprochen hat, er aber eine Person ist, die mit solchen Commissionen ihren Unterhalt sucht: so kann er ein honorarium fordern (*[2]). Ausser Zweifel ist endlich, daß, wenn der

Principal nach geendigtem Geschäft freywillig ein *honorarium* giebt, dadurch die Natur des Mandatcontractes nicht geändert werde.

4) Der Bevollmächtigte muß in den Grenzen seines Auftrages bleiben; wenn er diese überschreitet: so ist seine Handlung nichtig, der Principal ist nicht verbunden, sie zu genehmigen, und als sein eigenes Factum gelten zu lassen. Wer daher mit einem Bevollmächtigten contrahirt, thut klug, wenn er sich eine schriftliche Vollmacht vorzeigen läßt; um zu sehen, ob der Bevollmächtigte seinem Auftrag gemäß handle.

(1) L. 6. L. 7. D. h. t. L. 25. §. 11. D. de hered. pet. Man kann aber dißfalls nicht actionem mandati, sondern nur actionem oder persecutionem extraordinariam anstellen. L. 1. C. mand. (II. 35.)
(2) Strube rechtl. Bed. 4. Th. 449. Seite.

§. 926. Von der Verbindlichkeit des Bevollmächtigten.

Der Principal setzt ein vorzügliches Zutrauen auf den Bevollmächtigten. (§. 756.) Man giebt der Regel nach nur demjenigen eine Commission, den man für vorzüglich geschickt zur Ausführung, und dabey für ehrlich hält. Daraus folgt, 5) daß der mandatarius der Regel nach das Geschäft selbst verrichten muß, und es keinem andern übertragen darf. Substituirt er indessen einen andern, und der Substitut verrichtet das Geschäft auf die gehörige Art: so muß es der mandans gelten lassen.

6) Was für einen Grad von culpa muß der mandatarius prästiren? Viele (*[1]) sagen, culpam leviſſimam, weil es in der L. 13. C. h. t. (IV. 35.) heißt, er müsse *omnem culpam* prästiren. Allein es ist unbillig, daß ein Mensch, welcher mir einen Dienst umsonst und aus Freundschaft leistet, so hart gehalten werden soll. Daher scheint mir die Meynung richtiger, daß der mandatarius nur culpam levem leiste, und dieß ist der oben (§. 759.) festgesetzten Regel gemäß: qui ad faciendum obligatus est, culpam levem praestat. (*[2]). Daß hingegen der mandans culpam leviſſimam leiste, ist billig, denn er zieht allen Vortheil aus dem Contract (*[3]).

7) Ein mandatarius, der sich eines doli schuldig macht, wird mit der Strafe der Ehrlosigkeit belegt. Von dem mandante muß man vermöge der L. 6. §. 5. D. de his qui not. infam. ein gleiches behaupten.

(1) *Vinn.* quaeſt. sel. L. 1. C. 52. *Prousteau* recitat. ad L. 23. de reg. iur. cap. 14. §. 20. sqq. in thesaur. *Meermanni* tom. 3. pag. 510. sqq. *Leyser* sp. 371. med. 2. ibique *Müller*. *Cocceii* iur. contr. h. t. qu. 13. *Walch* controv. p. 404.
(2) Einige, als *Zoes.* ad Pand. h. t. n. 15. *Schilter* ex. 28. th. 88. Colleg. Argentor. h. t. th. 24. *Pagenstecher* ad *Lauterb.* manip. 1. p. 61. *Wieling* in not. ad *Reinold.* in huius opusc. p. 581. wollen gar nur culpam latam vom man-

mandatario präſtirt haben. Andere, als *Schierſchmidt* diſſ. de imputatione culpae circa contractum emphyteuſ. ſociet. et mandat. §. 37. ſqq. macht einen Unterſchied zwiſchen einem Mandatscontract, worinn das Geſchäft hinlänglich beſtimmt, und zwiſchen einem, wo dieß nicht geſchehen iſt. In jenem ſoll der Mandatar nach ſeiner Meynung culpam leviſſimam, in dieſem nur latam leiſten. Auf die Verſchiedenheit des Geſchäftes und die Umſtände iſt wohl allerdings in dieſer Materie Rückſicht zu nehmen. S. *Caſp. Achat. Beck* poſit. ex iur. var. ſpec. 3. poſit. 2.

(3) L. 61. §. 5. D. de furt. *Bachov* ad *Treutler* vol. 1. diſp. 27. theſ. 7. lit. E. et F.

§. 927. Wie die Bevollmächtigung aufhöre?

Der Mandatscontract hört 1) durch die beyderſeitige Einwilligung auf, wenn der Principal ſeine Geſchäfte nicht länger durch den mandatarium beſorgen laſſen will, und dieſer damit zufrieden iſt. Aber auch 2) alsdann, wann nur der Principal erklärt, daß er ſeinen Auftrag zurück nehme, obgleich der mandatarius damit nicht zufrieden iſt, und das Geſchäft gern beſorgte; oder wenn 3) der mandatarius declarirt, daß er den übernommenen Auftrag nicht beſorgen wolle, obgleich der Principal darein nicht willigt, hat das mandatum ein Ende.

Man bemerke a) die beyden Redensarten: revocare mandatum und renunciare mandato. Wenn der mandans den Auftrag zurück nimmt: ſo heißt es revocat mandatum; wenn aber der mandatarius ihn zurück giebt: ſo ſagt man renunciat mandato. b) Das mandatum iſt ein Bilateralcontract, und dieſe können ſonſt nicht anderſt, als mit beyder Theile Einwilligung aufgehoben werden. Es iſt alſo dieß bey dem mandato etwas beſonders, daß ein Theil ohne des andern Einwilligung davon abgehen kann. c) Wenn der mandans das mandatum revociren will: ſo muß er es re integra thun, das heißt, ehe ſich der mandatarius ſo weit in das Geſchäft eingelaſſen hat, daß es ihm unmöglich iſt, wieder zurück zu gehen; thut er es nicht re integra: ſo muß er für allen Schaden ſtehen. d) Auch der mandatarius, welcher dem mandato renunciiren will, muß es *tempeſtive* thun, das iſt zu einer Zeit, da der Principal noch einen andern Bevollmächtigten finden kann, ſonſt muß er dem Principal allen Schaden erſetzen. 4) Endigt ſich das mandatum durch das Abſterben ſowohl des Principals als des Bevollmächtigten.

§. 928. Von der Aſſignation.

Eine ſehr gewöhnliche Gattung des mandati iſt die Aſſignation. Man verſteht darunter eine Vollmacht, die ich meinem Gläubiger gebe, daß er bey meinem Schuldner die Schuld eintreiben, erheben, und alsdann das, was er bekommt, für ſich behalten ſolle. Die drey Perſonen, welche hier vorkommen,

men, sind *assignans*, *assignatus* und *assignatarius*. Wer die Assignation ausstellt, heißt assignans; der, welcher sie erhält, um die Schuld zu erheben, ist der assignatarius; und endlich der, welcher auf die Assignation zahlen soll, der assignatus.

B. ist dem C. 50 Rthlr. schuldig, hat aber eine Forderung an den A. B. giebt also dem C. Vollmacht, 50 Rthlr. bey dem A. zu erheben. Hier ist A. der assignatus, denn er wird dem C. als Zahler angewiesen; B. der assignans, weil er die Anweisung giebt, und C. der assignatarius; denn er weiset nicht an, und wird nicht angewiesen, sondern erhält die Anweisung. Von der Assignation bemerke man die Regel: **Anweisung ist keine Zahlung.** Dadurch allein, daß ich meinem Gläubiger Anweisung gebe, werde ich von meiner Schuld noch nicht frey. Erst alsdann erfolgt diese Befreyung, wenn mein Gläubiger von meinem Schuldner die Zahlung erhält.

§. 929. Die Klagen, welche aus dem Mandatcontract entstehen.

Das Mandat ist ein Bilateralcontract, in welchem der mandatarius allezeit und gleich anfangs, der mandans aber nur zuweilen und zufälliger Weise verpflichtet wird. Der mandatarius nemlich wird verpflichtet, das übernommene Geschäft zu besorgen; der mandans aber ist schuldig, den mandatarium zu entschädigen, wenn dieser etwa zufälliger Weise Kosten oder Schaden bey dem Geschäft hat. Daher stellt der mandans actionem mandati *directam*, der mandatarius aber *contrariam* an. (§. 74.*).

§. 930. Von der actione mandati directa.

Die directa also ist die Klage, welche der Principal gegen den Bevollmächtigten oder dessen Erben anstellt, und zwar dahin, daß er das übertragene Geschäft getreu und fleißig besorgen, wenn er Einnahme und Ausgabe gehabt hat, Rechnung ablegen, alles, was er durch das Geschäft erworben hat, mit den erhaltenen Nutzungen herausgeben, den Schaden, welchen er dolo oder culpa lata oder levi gethan, ersetzen, und wenn er das Geschäft nicht gehörig besorgt, oder zur Unzeit die Commission aufgesagt hat, das Interesse prästiren soll.

§. 931. Von der contraria.

Hat der Bevollmächtigte Kosten bey dem Geschäft gehabt, Schaden durch die Schuld des Principals erlitten, Verbindlichkeiten übernommen: so stellt er die actionem mandati contrariam an, daß ihm die Kosten und der Schaden ersetzt, und er von den übernommenen Verbindlichkeiten befreyet werde. Wenn ihm sogleich bey dem Auftrag ein honorarium versprochen ist: so kann er auch dieses actione mandati contraria verlangen, und zwar, wenn es durch

eine

eine besondere Stipulation ausbedungen ist: so hat actio ex stipulatu statt. Ist aber nichts versprochen, und der mandatarius befindet sich doch in dem Fall etwas fordern zu können: (§. 925.) so stellt er eine ausserordentliche Klage an, extraordinaria persecutio datur (* I).

(1) *Cocceii* h. t. qu. 7.

§. 932. Von den Rechten und Verbindlichkeiten des Bevollmächtigers und Bevollmächtigten in Ansehung eines Dritten.

Wenn der Bevollmächtigte mit einem Dritten Verträge schließt: so entsteht die Frage, was hat dieser Dritte sowohl gegen den mandantem als mandatarium für Rechte und Verbindlichkeiten? Man bemerke also: 1) der mandans kann aus dem Contract, welchen der mandatarius schließt, *directe* gegen den Dritten nicht klagen, wenn er sich nicht die Rechte des mandatarii cediren, das heißt, sich von dem mandatario eine Vollmacht zur Klage geben läßt. Doch erlauben ihm die neuern Gesetze, ohne Vollmacht actionem *utilem* anzustellen. In einigen Fällen kann der mandans actionem directam auch ohne Cession anstellen, nemlich a) wenn sich der mandatarius etwas in Ansehung einer dem Principal gehörigen Sache versprechen läßt (si e re domini stipulatur); z. E. er läßt dem Haus des Principals eine Servitut versprechen; b) wenn ihm etwas in Gegenwart des Principals versprochen worden ist; c) wenn der Principal, wegen Abwesenheit des Bevollmächtigten keine Cession von ihm erhalten kann (* I). Heutigestages kommt auf diese Subtilitäten nichts mehr an. Denn der mandans kann in allen Fällen aus dem Contract des mandatarii gegen den Dritten klagen, und man denkt so wenig an eine Cession, als an die Distinction der actionis directae und utilis. 2) Der mandatarius kann aus dem von ihm geschlossenen Vertrag gegen den Dritten zwar klagen, aber dieser kann sich mit der exceptione doli schützen; z. E. wenn der procurator eine Sache des mandantis verkauft hat: so kann er auf die Zahlung des Kaufgeldes klagen; aber der Käufer kann ihn mit der exceptione doli abweisen; denn er kann und muß die Zahlung dem Principal selbst leisten. 3) Der mandans kann aus dem Contract des mandatarii nach dem alten strengen Römischen Recht gar nicht belangt werden. Denn die Regel ist: alter ex alterius contractu non obligatur. Die neuere Gesetze aber geben die actionem quasi institoriam gegen den mandantem. Nemlich die actio institoria wird gegen mich angestellt, wenn mein institor, mein Handelsfactor einen Contract schließt. Da nun der Factor ein mandatarius ist: so hat man die Klage auf alle mandantes und mandatarios ausgedehnt, und sie actionem quasi institoriam genennt. 4) Der mandatarius selbst kann aus dem von ihm geschlossenen Contract nicht belangt werden: ausser a) wenn er etwas von dem Vermögen des Principals

in Händen hat. In diesem Fall kann man von ihm verlangen, daß er aus diesem Vermögen die Zahlung leiste; b) wenn er in eigenem Namen contrahirt, und nicht gesagt hat, daß er nurals mandatarius handle; c) wenn er sich als Bürge selbst mit verpflichtet; d) wenn er die Grenzen seines Auftrages überschritten hat.

Hert hat alles dieses sehr gut aus einander gesetzt. Nur muß ich anmerken, daß er mit vielen Juristen glaubt, der mandans stelle in dem Fall, wenn ihm der mandatarius die Klage cedire, actionem *utilem* an. Dieß halte ich mit andern für falsch. In diesem Fall steht ihm vielmehr actio directa zu, und die actio utilis hat statt, wenn keine Cession geschehen ist.

(1) *Giphanius* ad L. 68. et 72. D. de procurat. in lectur. Altorphin. pag. 76. sqq. Man s. auch *Os. Aurel.* re variant. *Cuiac.* dip. 9. in thesaur. *Otton.* tom. 3. p. 716.

TIT. XXVIII.

DE OBLIGATIONIBUS QUAE QUASI EX CONTRACTU NASCUNTUR.

§. 933. Uebergang zu diesem Titel.

Wir haben bisher die wahre Contracte kennen gelernt. Es giebt aber auch Fälle, wo Jemand *quasi ex contractu* verbunden wird; Handlungen, welche eine Aehnlichkeit mit den Contracten haben, und durch welche Jemand verbunden wird, gleichsam, als ob er contrahirt hätte. Z. E. der Vormund ist dem Pupillen zur Administration seines Vermögens, und der Pupill dem Vormund zur Schadloshaltung verbunden, als ob sie deswegen mit einander contrahirt hätten. Gleichwohl haben sie nicht contrahirt. Daher sagt man: tutor et pupillus *quasi ex contractu obligantur*. Wenn ich einem etwas aus Irrthum bezahle, was ich ihm nicht schuldig bin: so ist er schuldig, es mir zurück zu geben, eben sowohl, als ob er mir es durch einen Contract versprochen hätte. Deswegen sagen die Juristen: indebite solutum accipiens *quasi ex contractu* ad reddendum obligatur. Wer eine Erbschaft antritt, ist verbunden alle legata und fideicommissa zu bezahlen, *quasi contraxisset* cum legatariis et fideicommissariis. Man nennet diese Handlungen heutigestages quasi contractus, obgleich dieser Name bey den Römischen Juristen nicht vorkommt. Diese sagen: obligatio quasi ex contractu oritur. Aber das Wort Quasi-Contractus, als ein zusammengesetztes Substantiv brauchen sie nicht.

§. 934. Was sind quasi contractus?

Die Quasicontracte sind also erlaubte Handlungen, welche den Contracten ähnlich sind, und durch welche Jemand ohne seine ausdrückliche Einwilligung eben so gut verpflichtet wird, als ob er einen Contract geschlossen hätte. Ich sage a) erlaubte Handlungen. Durch Verbrechen wird man auch verpflichtet, aber diese heissen nicht quasi contractus. b) Ohne ausdrückliche Einwilligung. Viele sagen, die quasi contractus gründeten sich auf eine vermuthete Einwilligung (in consensu praesumto sive ficto); der eine Quasicontrahent consentire wirklich, der andere praesumtive. Allein 1) ist diese ganze Vorstellungsart in dem Römischen Recht völlig unbekannt. 2) Ist sie bey vielen Quasicontracten offenbar unrichtig. Denn bey einigen liegt kein präsumtiver, sondern ein stillschweigender, durch facta declarirter Consens zum Grund. So ist es bey der Erbschaftsantretung, bey der Tutel und bey der Administration einer gemeinschaftlichen Sache. Bey andern entsteht die Verpflichtung blos aus der Billigkeit und unmittelbar aus dem Gesetz, ohne allen Consens, z. E. bey der indebiti solutione. Einige Juristen sagen zwar, wer ein indebitum annehme, consentire praesumtive in die Zurückgabe. Aber das ist offenbar eine Spitzfindigkeit, und die angeführte L. 5. §. 3. D. de oblig. et action. sagt ausdrücklich: wer ein indebitum bezahle, thue es nicht animo *contrahendae* obligationis, sondern *distrahendae*; es liegt also hier kein Consens zum Grund. Nur bey dem einzigen Quasicontract, der negotiorum gestione kommt der consensus praesumtus in Betrachtung, und ist mit ein Fundament der Verbindlichkeit (* 1).

(1) *Leyser* sp. 178. med. 1.

§. 935. Verzeichniß der Quasicontracte.

Die unbezweifelte Quasicontracte, welche in diesem Titel vorkommen, sind 1) negotiorum gestio, 2) tutela, 3) hereditatis und 4) rei singularis communis administratio, 5) hereditatis aditio, 6) indebiti solutio. Die übrigen Quasicontracte, welche in den Pandecten vorkommen, sind receptio in navem, cauponam, stabulum; (§. 1084.) curatio funeris; confinium agrorum, quorum fines confusi sunt; datio ob causam, quae non sequitur; datio sine causa, und litis contestatio. Einige rechnen auch dahin dationem ob turpem causam, aus welcher die condictio ob turpem causam entsteht; ja sie wollen auch die condictionem furtivam aus einem Quasicontract herleiten. Aber andere leiten die condictionem ob turpem causam und condictionem furtivam schicklicher aus delictis, oder unmittelbar aus der Billigkeit her, und überhaupt ist es noch sehr zweifelhaft, ob man mehr als die sechs oben benannte Quasicontracte annehmen kann (* 1).

(1) *Westenberg* de cauf. oblig. diff. 2. cap. 3. n. 21. fqq. Weber Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. S. 68. u. f. f.

§. 936. Von der negotiorum geſtione.

Die negotiorum geſtio iſt ein Quaſicontract, da ich des andern auſſergerichtliche Geſchäfte ohne Auftrag, ſeiner vermuthlichen Einwilligung wegen, zu ſeinem Vortheil und umſonſt, doch mit der Abſicht, meine Unkoſten wieder zu fordern, beſorge. Alſo ſie ſetzt voraus, a) daß ich fremde Geſchäfte beſorge; b) und zwar auſſergerichtliche; daß ich c) dies ohne Auftrag thue, z. E. ein Freund iſt abweſend; in ſeinem Hauſe ſind einige dringende Reparaturen zu machen; ich laſſe ſie machen, ohne Commiſſion von ihm zu haben; doch iſt es d) zu vermuthen, daß der andere einwillige; e) ich beſorge auch die Geſchäfte auf ſolche Art, daß es dem andern nützlich iſt; f) ich thue es in der Abſicht, Koſten und Auslagen von ihm erſetzt zu bekommen (animo eum obligandi). Doch g) ohne etwas für meine Mühe fordern zu können (gratis).

Die hier vorkommende Perſonen ſind der *dominus negotiorum*, oder Principal, deſſen Geſchäfte beſorgt werden. Der negotiorum geſtor iſt von einem mandatario oder procuratore, desgleichen von einem defenſore leicht zu unterſcheiden. Der mandatarius hat einen Auftrag zu Beſorgung des Geſchäfts, der negotiorum geſtor nicht. Defenſor heißt einer, welcher im Gericht für einen Beklagten erſcheint, und ihn vertheidigt, ohne Vollmacht vom Beklagten zu haben. Er beſorgt alſo gerichtliche Geſchäfte, der negotiorum geſtor auſſergerichtliche. Der defenſor muß auch cautionem iudicatum ſolvi, das heißt, Caution ſtellen, daß der Principal der richterlichen Sentenz, wenn ſie gegen ihn ausfällt, ein Genüge thun werde, dieſe aber fällt bey dem negotiorum geſtore weg. Eine Weibsperſon kann negotia geriren, aber als defenſor im Gericht darf ſie nicht auftreten.

§. 937. Von den Erforderniſſen dieſes Quaſicontractes.

Die Erforderniſſe dieſes Quaſicontracts auf Seiten des negotiorum geſtoris alſo ſind 1) daß er das Geſchäft zum Vortheil des Principals beſorgen muß. Wenn ich z. E. das Haus des abweſenden Freundes repariren laſſe, aber ſo, daß die Reparatur nichts taugt, und er genöthigt iſt, was ich gemacht habe, wieder wegreiſſen zu laſſen: ſo iſt er mir zu keinem Koſtenerſatz verbunden. Er muß daher auch mit dem Fleiße, der Aufmerkſamkeit und Vorſicht zu Werk gehen, welche ordentliche Menſchen beobachten, und iſt daher verbunden, culpam levem zu präſtiren (* 1). Wenigſtens halte ich dies für die richtigſte und billigſte Meynung, und ich glaube nicht, wie andere (* 2), daß er culpam leviſſimam leiſten müſſe. Doch leidet dieſe Regel ihre Ausnahmen: Nemlich a) wenn der negotiorum geſtor ſich zu dem Geſchäft, und andern, die

es

es besorgen wollten, vorgedrungen hat: oder wenn es ein Geschäft ist, das seiner Natur nach den höchsten Grad von Fleiß und Aufmerksamkeit erfordert; denn in diesem Fall muß er culpam leviſſimam präſtiren. b) Wenn die Noth erfordert, daß ich mich dem fremden Geschäft unterzog, und die Sache ohne meine Theilnehmung zu Grunde gegangen seyn würde. Hier leiſte ich nur dolum und culpam latam. Z. E. wenn ich bey einer Feuersgefahr einem seine Sachen ohne Auftrag von ihm zu haben, rette; aus Versehen aber kostbare Sachen liegen lasse, und schlechtere in Sicherheit bringe: so kann der Eigenthümer deswegen keine Schadloshaltung von mir verlangen. Denn wenn ich die schlechtere Sache nicht gerettet hätte: so wäre sie auch verbrennt, und da man in einem solchen Falle nicht mit kaltem Blute und Ueberlegung handeln kann, so kann man nicht behaupten, daß ich in culpa lata sey. c) Unternimmt der negotiorum gestor etwas, wobey ein grosses Risico ist, so muß er auch für den casum stehen (* 3). Z. E. wenn ich einem abwesenden Freunde seine Geschäfte besorge, und ohne Auftrag aus seiner Casse ein Lotterieloos kaufe, das Loos aber verliert: so muß ich den Schaden tragen, denn ich habe durch meine Schuld zu diesem Schaden Gelegenheit gegeben. Nur in dem Fall, wenn der dominus selbst dergleichen mit Risico verbundene Handlungen zu thun gewohnt war, ist ein anderes zu behaupten. Z. E. wenn der Abwesende das Loos schon gekauft hatte, und ich es nur renovirt habe: so muß er mir die Auslage erstatten.

Die zweyte Erforderniß auf Seiten des negotiorum gestoris ist, daß er animo obligandi, in der Absicht seine Kosten und Auslagen wieder zu fordern, die Geschäfte übernommen habe. Wenn ich etwas zum Besten eines Menschen thue, in der Absicht ihm eine Wohlthat zu erzeigen, so ist es kein contractus negotiorum gestionis. Z. E. ich nehme ein armes Kind in mein Haus, und gebe ihm den Unterhalt; ich lasse einem abwesenden Freunde sein Zimmer tapezieren, um ihm ein Geschenk mit den Tapeten zu machen ꝛc.

Auf Seiten des Principals hingegen, dessen Geschäfte besorgt werden, ist 3) erforderlich, daß seine Einwilligung zu vermuthen war. Wenn ich etwas für einen andern thue, ohne daß ich seine Einwilligung mit Grund vermuthen konnte, z. E. einem Menschen, der einen zerlumpten Rock trägt, einen neuen bestelle, einem der schlechte Fenster in seiner Stube hat, bessere machen lasse: so ist er mir zu nichts verbunden, wenn ihm meine Handlung gleich noch so nützlich ist. Aus diesem Grunde kann auch der negotiorum gestor keinen Ersatz fordern, wenn er sich der Geschäfte eines andern gegen dessen ausdrückliches Verbot annimmt. Im Gegentheil kann man einen Blödsinnigen zur Entschädigung verpflichten, wenn man alle seine Geschäfte besorgt. Nur muß es in einem solchen Falle, und auf solche Art geschehen, daß

der Blödsinnige, wofern er den Gebrauch seines Verstandes hätte, und von der Sache wüßte, wahrscheinlich einwilligen würde.

(1) *Giphanius* h. t. §. 1. *A. Faber* rat. ad Pand. L. 11. de negot. gest. *Franzk.* ex. 11. Qu. 7. *God. Lud. Mencken* Diss. de levi culpa a negot. gest. ordinario praestanda, in opusc. n. 21. *Ioh. Aug. Schneider* comment. negotiorum gestor ordinarie ad culpam levem obligatur. Cahlae. 1780. 4. *Car. Frid. Guil. Schmid* diss. (sub praesid. *Hofackeri* Tubing. 1787. defens.) sist. leges quasdam potiores tituli digestorum de negot. gest. expositas, pag. 29. sqq. Denn 1) sagt Ulpian a. d. L. 5. §. 2. D. commod. daß ein Contrahent, welcher keinen Vortheil aus dem Contract ziehe, nur culpam latam leiste. Es ist also schon singulär und hart genug, daß der negotiorum gestor culpam levem leisten muß. 2) In der L. 20. C. de negot. gest. heißt es: negotiorum gestor müsse culpam latam et levem prästiren; von der leviſſima steht nichts darinn. 3) Pomponius schreibt in der L. 11. D. de negot. gest. si negotia absentis et ignorantis geras et culpam et dolum praestare debes. Culpa aber bedeutet, wo es schlechtweg steht, gewöhnlich culpam levem.

(2) Wie z. E. *Contius* ad L. 23. de R. I. *Vinn.* ad §. 1. I. h. t. *Iac. Gothofred.* ad L. 23. de reg. iur in opusc. pag. 816. *Schilter* ex. 10. th. 67. sqq. *Cocceii* iur. controv. tit. de neg. gest. Qu. 7. *Püttmann* probabil. lib. 1. cap. 14. *Einert.* Diss. sub praesidio *Schottii* de negotiorum gestoris ad culpam leviss. praestandam obligatione (Lipsi. 1767.) §. 3. Einige z. E. *Brunnemann* ad L. 3. §. 9. D. de negot. gest. wollen die ganze Sache dem Ermessen des Richters anheimgestellt haben.

(3) Ausserdem steht der negotiorum gestor für den casum nicht. L. 22. C. de negot. gest. sagt: negotium gerentes alienum non interveniente speciali pacto casum fortuitum praestare non compellantur. Die Schwierigkeit in diesem Gesetz ist nur die: wie kann der negotiorum gestor mit dem domino einen Vertrag schließen, da dieser von der Geschäftsführung nichts weiß? S. *Bynkershoeck* obs. iur. rom. lib. 1. cap. 7. *Leyser* sp. 55. med. 1. *Uryhof* obs. iur. civ. lib. 1. cap. 15. *Püttmann* probabil. l. c. *Müller* ad *Leyser* obs. 179.

§. 938. Von den Verbindlichkeiten aus diesem Quasicontract.

Die aus diesem Quasicontract entstehende Verbindlichkeiten sind auf Seiten des domini, daß er den negotiorum gestorem entschädige, alle Auslagen, in so fern sie nothwendig oder nützlich sind, und zwar mit Zinsen ersetze, und ihn von den übernommenen Verbindlichkeiten befreye. Z. E. wenn der negotiorum gestor mein Haus hat repariren lassen, und deswegen dem Zimmermann, Maurer, Dachdecker ꝛc. etwas schuldig geworden ist, so muß ich diese Schuld abtragen. Eine Belohnung für seine Mühe kann der negotiorum gestor nicht fordern. Denn diese kann nicht einmal der mandatarius verlangen, der doch einen ausdrücklichen Auftrag hat, (§. 925.) wie viel weniger der negotiorum gestor, der ohne Vollmacht handelt. So weit kann man den vermuthlichen Consens des Geschäftsherrn nicht ausdehnen, daß man annehmen könnte, er wolle dem negotiorum gestori auch einen Lohn für seine Bemühung geben.

Hin-

Hingegen die Verbindlichkeit des Geschäftsführers ist, daß er Rechnung ablege, also seine Kosten, Auslagen, Schäden specificire, und jeden Posten gehörig bescheinige. Wenn er nicht allein Ausgaben, sondern auch Einnahme gehabt hat, z. E. er hat das Haus eines abwesenden Freundes repariren lassen, darauf vermiethet, und das Miethgeld eingenommen, so muß er den Ueberschuß der Einnahme über die Ausgabe herauszahlen.

§. 939. Klagen die aus der negotiorum gestione entstehen.

Der negotiorum gestor ist gleich anfangs und wesentlich verbunden, das übernommene Geschäft fleißig und nützlich zu verrichten. Wegen einer solchen Verbindlichkeit aber wird actio directa angestellt. Also der dominus negotiorum stellt actionem negotiorum gestorum directam an. Hingegen er (der dominus negotiorum) wird nur zuweilen, zufälliger Weise verpflichtet; nemlich in dem Falle, wenn der negotiorum gestor Kosten gehabt hat. Daher stellt der negotiorum gestor actionem contrariam an.

§. 940. Von der actione negotiorum gestorum directa.

Die directa gehet also dahin, daß der negotiorum gestor oder seine Erben das Geschäft endigen, über Einnahme und Ausgabe Rechnung ablegen, den Ueberschuß mit Zinsen herauszahlen, und den dolo oder culpa lata, levi oder leviſſima verursachten Schaden ersetzen sollen. Ich sage culpa lata, levi oder leviſſima; denn daß nach Verschiedenheit der Fälle (pro modo gestionis, wie der Autor sagt) eine verschiedene culpa präſtirt werde, haben wir §. 937. gehöret.

§. 941. Von der contraria.

Durch die contrariam hingegen sucht der negotiorum gestor seine Schadloshaltung, wenn er Auslagen gethan, Verbindlichkeiten für den Principal übernommen oder Schaden bey seiner Geschäftsführung erlitten hat.

§. 942. Von der Vormundschaft.

Die Vormundschaft ist, im Verhältniß gegen den Staat betrachtet, ein munus publicum, ein Dienst, den jeder Bürger dem Staat schuldig ist. Sieht man aber auf das Verhältniß zwischen dem Vormund und Pupillen: so ist sie ein Quasicontract. Der Vormund ist verbunden, den Pupillen zu erziehen, und sein Vermögen zu administriren, ist verbunden Rechnung abzulegen, und culpam levem zu präſtiren (*[1]); der Pupill aber ist schuldig, den Vormund, wenn er Auslagen gehabt, oder Schaden gelitten hat, zu indemniſiren; und zu diesem allen sind beyde Theile eben so verbunden, als wenn sie desfalls mit einander wirklich contrahirt, es einander ausdrücklich versprochen hätten; ob es gleich wirklich nicht geschehen ist. Hat ein Vormund sich

zur

zur Tutel gedrungen, oder unter mehreren Vormündern die Administration freywillig übernommen, so muß er culpam leviſſimam präſtiren (*2). Aber was leiſten die Erben des Vormundes für eine culpam? Die gemeine und in der Praxis angenommene Meynung, die auch in der Vernunft und in der *L.* 1. *C. de hered. tut* (*VI.* 54.) gegründet iſt, (*3) iſt, daß die Erben nur culpam latam ihres Erblaſſers zu leiſten haben. Denn es iſt ſchwer von eines andern Menſchen Handlungen Rechenſchaft zu geben; und es iſt zu vermuthen, daß, wenn die Erben im Stande ſind, den Erblaſſer von dem Vorwurf einer culpae latae zu befreyen, er ſich ſelbſt auch von der culpa levi würde haben reinigen können(*4).

(1) Ich ſage, der Tutor muß culpam *levem* präſtiren. Deutlich ſteht dieß zwar nicht in den Geſetzen. In der L. 1. pr. D. de tut. et rat. diſtr. heißt es: tutor rationem reddet hoc iudicio praeſtando dolum, culpam et *quantum in ſuis rebus diligentiam;* und L. 33. pr. D. de adminiſtrat. et peric. tut. verlangt vom Vormund nur eam diligentiam, quam paterfamilias rebus ſuis ex bona fide praebere debet.

(2) L. 53. §. 3. D. de furt.

(3) *Cocceji* iur. contr. lib. 27. tit. 3. qu. 1. *Walch* contr. pag. 97.

(4) Anderer Meynung ſind *Thomaſius* in Diſſ. de culpa tutoris ab heredibus praeſtanda, in Diſſ. coll. tom. 2. n. 51. und *Kern* Diſſ. de obligatione tutoris defuncti ex perſona heredis haud minuta, ſive ad L. 1. C. de hered. tut. Goett. 1782.

§. 943. Klagen aus der Tutel.

Die aus dem Quaſicontract der Tutel entſtehende Klagen ſind: *actio tutelae directa* und *contraria.* Da der Pupill gleich anfangs und allezeit ein Recht gegen den Vormund hat: ſo kommt ihm actio directa zu; dem Vormund aber, da er nur zuweilen und in der Folge einen Anſpruch gegen den Pupillen bekommt: ſo ſtellt er actionem contrariam an.

§. 944. Von der directa.

Die directam alſo ſtellt der Pupill nach geendigter Tutel gegen den Vormund oder deſſen Erben an, daß ſie nach einem zu Recht beſtändigen inventario, oder einer eydlichen Specification, Rechnung ablegen; alles, was dem Pupillen gehört, herausgeben, und den Schaden erſetzen ſollen, welcher culpa levi, (wenn die Klage gegen den Vormund ſelbſt angeſtellt wird) oder culpa lata (wenn gegen die Erben geklagt wird) dem Pupillen verurſacht worden iſt.

§. 945. Von der contraria.

Die contrariam hingegen ſtellt der Vormund gegen den Pflegbefohlnen an, wenn er Koſten und Auslagen gehabt; oder Schaden bey der Vormundſchaft

schaft gelitten; oder Verbindlichkeit bey den Pupillen übernommen hat. Er verlangt also, daß ihm die Auslagen mit Zinsen wieder bezahlt, der Schaden ersetzt, und er von den übernommenen Verbindlichkeiten befreyet werde. Heutigestages kann er auch auf die ihm gebührende Besoldung klagen.

§. 946. Von der actione tutelae utili.

Die aus der Vormundschaft entstehende Klagen werden auch auf die curatores angewendet, und heissen alsdenn actiones utiles. Wenn also der Minderjährige gegen den Curator klagt, daß dieser Rechnung ablegen soll: so ist es *actio tutelae directa utilis*; und klagt der curator gegen den Minderjährigen auf Entschädigung: so ist es *actio tutelae contraria utilis*.

§. 947. Von der administratione hereditatis und rei singularis communis.

Die dritte und vierte Quasicontracte sind *administratio hereditatis* und *rei singularis communis*. Man bemerke nemlich: 1) wenn eine Erbschaft noch unvertheilt ist, und einer der Miterben sie administrirt: so ist er verbunden, sich mit ihm abzutheilen, und Rechnung abzulegen; und die andere Miterben sind schuldig ihn zu entschädigen (ad praestationes personales adstringuntur), gleichsam als ob darüber contrahirt worden wäre. 2) Auch wenn eine einzelne Sache mehreren Personen gemeinschaftlich gehört, und einer derselben die Sache administrirt: so ist er den übrigen zur Theilung und zur Rechnungsablage, diese aber ihm zur Entschädigung verbunden; ebenfalls so, als wenn sie desfalls mit einander contrahirt hätten. 3) Daher werden die *administratio* hereditatis oder rei singularis unter die quasi contractus gezählt. 4) Die *communio* hereditatis und rei singularis sind iura in re, und keine Quasicontracte; es ist also unrichtig, wenn ihnen einige Juristen diesen Namen beylegen.

§. 948. Klagen, die daraus entstehen.

Aus der administratione hereditatis communis entsteht *actio familiae herciscundae*, aus der administratione rei singularis communis *actio communi dividundo*. Die erste dieser Klagen ist schon §. 708. erklärt, die letzte will ich hier beschreiben.

§. 949. Von der actione communi dividundo.

Diese Klage stellt ein socius in allgemeinem Verstande (das heißt einer, dem eine Sache mit andern Personen gemeinschaftlich zusteht,) gegen den andern an, und zwar dahin, daß a) die gemeinschaftliche Sache vertheilt, die Gemeinschaft also aufgehoben werden; b) daß der socius, welcher bisher die Sache administrirt hat, Rechnung ablegen, den Ueberschuß herausgeben,

und den der Sache zugefügten Schaden ersetzen, hingegen die übrigen Theilhaber ihm seine Kosten und Auslagen erstatten sollen.

§. 950. Welche culpam prästirt ein socius dem andern.

Wir haben oben schon gehört, daß ein socius dem andern culpam levem in concreto leisten müsse, das heißt, er ist nur so viel Fleis auf die gemeinschaftliche Sache zu verwenden schuldig, als er auf seine eigene Sachen zu verwenden pflegt, und erst alsdenn, wenn er auf jene Sache weniger Aufmerksamkeit verwendet hat, muß er den Schaden ersetzen. Die Ursache ist, wer mit einem nachläßigen Menschen eine Societät schließt, oder in Gemeinschaft bleibt, läßt sich dessen Nachläßigkeit gefallen, und muß es sich selbsten zuschreiben, wenn er Schaden leidet.

§. 951. Von der Erbschaftsantretung.

Der fünfte Quasicontract ist die Erbschaftsantretung. Wer nemlich eine Erbschaft antritt, macht sich den legatariis und fideicommissariis stillschweigends verbindlich, die legata und fideicommissa zu bezahlen. Sie können ihn also quasi ex contractu belangen. Mit den Creditoren des Verstorbenen hat der Erbe keinen Quasicontract, wie sich einige vorstellen, denn die creditores klagen aus dem Factum des Erblassers directe gegen den Erben; ohne daß sie nöthig haben, sich auf einen Quasicontract zu gründen. Sobald ich nemlich eine Erbschaft antrete, werde ich und der Erblasser als Eine Person angesehen, seine Verbindlichkeiten gehen also auf mich über, und werden als meine eigene angesehen (* 1).

(1) *Hert* diss. de effect. non confect. inventar. sect. 1. §. 1. Weber von der natürl. Verbindlichkeit, 1 Abth. 71 S.

§. 952. Klagen aus diesem Quasicontract.

Aus der Erbschaftsantretung entsteht daher eine Klage, welche *actio personalis ex testamento* heißt. Sie wird von den legatariis und fideicommissariis gegen den Erben angestellt, daß er ihnen ihre Vermächtnisse mit allem Zuwachs, und mit Zinsen vom Tage des Verzugs an, entrichten, und allen Schaden, den er daran culpa lata, levi oder levissima gethan hat, ersetzen soll.

§. 953. Von der solutione indebiti.

Endlich gehöret auch zu den Quasicontracten die *indebiti solutio*. Wenn ich einem a) aus Irrthum was bezahle, was ich ihm b) nicht schuldig bin, und c) mein Irrthum Entschuldigung verdient, auch d) der andere nicht einmal nach dem Naturrecht eine Forderung gegen mich hatte: so kann ich das Bezahlte

zahlte zurück fordern, eben so gut, als ob mir die Zurückzahlung versprochen wäre (quasi contraxissem).

§. 954. Weitere Erklärung dieses Quasicontractes.

Der Grund dieses Quasicontractes ist eine Zahlung, die ich aus einem excusablen Irrthum geleistet habe. Daraus folgt: 1) wenn ich wissentlich etwas bezahle, was ich nicht schuldig bin, so kann ich es nicht zurück fordern, z. E. was ich einem Bettler gebe (*[1]). 2) Wenn ich aus Unwissenheit der Gesetze etwas indebite bezahle: so kann ich es eben so wenig zurück fordern, denn die Unwissenheit der Gesetze verdient keine Entschuldigung (*[2]). Ausnahmen dieser Regel sind: a) wenn ein Minderjähriger oder ein Soldat, aus Unkunde der Gesetze ein indebitum bezahlen; denn ihnen ist erlaubt die Gesetze zu ignoriren. b) Wenn Jemand ein indebitum bezahlt, welcher de damno vitando certiret. Wenn ich nemlich mein Vermögen vermehren will: so sagen die Juristen: ich certire *de lucro captando*. Will ich aber nur eine Verminderung meines Vermögens abwenden, so sagt man, ich certire *de damno vitando*. Wenn z. E. Jemand eine Forderung an mich von meinem Vater her macht, dessen Erbe ich doch nicht geworden bin, und ich in der irrigen Meynung, ein Sohn müsse allezeit für seinen Vater haften, also aus Unwissenheit der Gesetze, diese Schuld bezahle: so kann ich das Bezahlte zurück fordern: denn ich certire de damno vitando. Gesetzt aber der Erbe zahlt die Vermächtnisse aus, ohne die Falcidische Quart abzuziehen, weil er von diesem Recht nichts weiß: kann er die Quart zurück fordern? Nein, denn er will sich bereichern, sein Vermögen mit dieser Quart vermehren (certat de lucro captando); und in diesem Fall ist die Unwissenheit der Gesetze schädlich. 3) Wenn ich aus Unwissenheit eines Factums etwas indebite bezahle: so hat die condictio indebiti statt. Z. E. wenn ich nicht weiß, daß eine Summe, die man an mich fordert, schon bezahlt ist, sie also zum zweytenmal bezahle; wenn der Erbe in der Meynung, daß ihm nach Abzug der Vermächtnisse noch die Falcidische Quart übrig bleibe, die Legate ganz ausgezahlt hat, so kann die Condiction angestellt werden.

(1) Von diesem Fall ist auch Ulpian zu verstehen, wenn er in der L. 26. pr. §. 1. et 2. de condict. indeb. sagt, daß einer, welcher von einem unverzinslichen Capital Zinsen bezahle, diese nicht als indebite bezahlt zurück fordern könne. Man s. *Ad. Dietr. Weber* comment. de usuris indebite solutis, (Suerin. 1783. 8.) §. 17. sqq.

(2) Ob die condictio indebiti statt finde, wenn ich ein indebitum aus Unwissenheit der Gesetze auszahle, ist sehr bestritten. Viele wollen sie gar nicht zugeben. *Fachinaeus* controv. lib. 8. cap. 106. lib. 10. cap. 11. *Bromhorst* enautioph. Cent. 2. Aff. 36. *Eguin. Baro Cuiac.* obs. lib. 5. cap. 39. *Donell.* comment.

iur. civ. lib. 14. cap. 14. *Hunn.* resol. lib. 3. tract. 3. part. 2. Qu. 3. *Marckart* diss. de condict. indeb. per errorem iuris civilis soluti, cap. 2. (in Exercit. academ. pag. 88. sqq. Andere aber nehmen die im §. vorgetragene Meynung an. *Vinn.* quaest. sel. lib. 1. cap. 47. *Alb. Phil. Frick* diss. de indebitam solvente per ignorantiam iuris civilis ad indebiti condictionem admittendo, Helmst. 1778. Das Hauptgesetz, worauf sich jene stützen, ist L. 10. C. de iur. et fact. ignor. (L. 18.) wo es heißt: cum quis ius ignorans indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio. Per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est. Dagegen aber sagt Papinian in der L. 8. de iur. et fact. ignor. caeterum *omnibus* iuris error in damnis amittendae rei suae non nocet; und in dem ganzen Titel der Pandecten de condictione indebiti wird kein Unterschied zwischen dem error iuris und facti gemacht. Das Rescript in der L. 10. C. ist also wahrscheinlich, sagt man, in einem Fall ergangen, wo noch besonderer Umstände wegen die Condiction wegfiel. Indessen muß ich gestehen, daß mir diese Antwort, so wenig als andere, wodurch man die L. 10. aus dem Wege zu räumen sucht, ein Genüge thut.

§. 955. Fortsetzung.

Was ich als ein indebitum zurück fordern will, muß 4) *naturaliter* indebitum seyn. Wenn ich nemlich einem etwas indebite bezahle: so sind drey Fälle möglich: (S. die 62. Tabelle.) a) ich bin es ihm weder nach den natürlichen noch nach den bürgerlichen Gesetzen schuldig (*indebitum naturaliter et civiliter* tale); b) ich bin es ihm nach den bürgerlichen Gesetzen schuldig, aber nicht nach den natürlichen (*indebitum naturaliter, debitum civiliter*); c) ich bin es schuldig nach den natürlichen, aber nicht nach den bürgerlichen Gesetzen, (*indebitum civiliter, debitum naturaliter.*)

Im ersten Fall, wenn das indebitum naturaliter und civiliter tale ist, kann ich es repetiren; z. E. wenn eine Schuld abgetragen ist: so bin ich weder nach dem natürlichen noch bürgerlichen Recht schuldig, sie noch einmal zu bezahlen. Zahle ich also dennoch zum zweytenmal, so kann ich die bezahlte Summe condictione indebiti zurück fordern.

Im zweyten Falle, wenn ich ein indebitum naturaliter, debitum civiliter bezahle, so war entweder die Schuld so beschaffen, daß ich mit Wirkung darauf belangt werden konnte, oder nicht. (§. 728.) Konnte ich wirksam darauf belangt werden; so hat keine condictio indebiti statt. Z. E. wenn der depositarius miserabilis das depositum abgeleugnet hat, und das duplum hat bezahlen müssen: so kann er es nicht zurück fordern. Hatte aber wegen der Schuld keine wirksame Klage statt: so kann condictio indebiti angestellt werden. Z. E. wenn ich einem etwas aus Furcht oder Zwang verspreche: so bin ich nach den strengen bürgerlichen Gesetzen es zu bezahlen schuldig. Die Römer hielten ein erzwungenes Pactum für giltig (§. 1005.) Da aber dergleichen Verträge nach dem Naturrecht ungiltig sind; einer, der daraus belangt wird, die exceptionem

metus

metus opponiren, und sich dadurch gegen die Klage schützen kann, mithin die Klage ohne Wirkung ist: so kann ich auch das, was ich vermöge eines erzwungenen Vertrags bezahlt habe, zurück fordern.

Im dritten Fall muß man einen Unterschied machen; entweder war a) die natürliche Verbindlichkeit eine vollkommene, zu deren Erfüllung ich nach dem Naturrecht gezwungen werden konnte, oder b) eine unvollkommene. Wenn ich etwas bezahlt habe, wozu ich nur unvollkommen verbunden war, und gewußt habe, daß ich nur unvollkommen verpflichtet sey, so fällt die Condiction weg. Sonst könnte ich jedes Allmosen, das ich einem Bettler gab, condiciren. Habe ich hingegen geglaubt, ich sey vollkommen verpflichtet, so hat die Condiction statt. Wenn c) die Verbindlichkeit zu bezahlen nach dem Naturrecht erzwingbar war, so ist sie entweder von den bürgerlichen Gesetzen gänzlich zernichtet, oder sie ist blos nicht bestätiget. Wenn sie ganz zernichtet ist: so hat die condictio indebiti statt, z. E. wenn eine Weibsperson das bezahlt, was sie aus einer Bürgschaft schuldig war: so kann sie es repetiren. Denn obgleich die Bürgschaft nach dem Naturrecht galt, also eine natürliche Verbindlichkeit zu zahlen vorhanden war: so ist doch diese von den bürgerlichen Gesetzen gänzlich destruiret. (§. 727.) Ist hingegen die natürliche Verbindlichkeit blos nicht confirmirt: so hat die condictio indebiti nicht statt. Wenn z. E. ein filius familias Geld borgt: so ist er nach dem Naturrecht schuldig, es wieder zu bezahlen. Die Römischen Gesetze bestätigen zwar diese natürliche Verbindlichkeit nicht, aber sie zernichten sie doch auch nicht. Bezahlt also der filius familias das erborgte Geld: so kann er keine condictionem indebiti anstellen (* 1).

(1) *Hert* diss. de condictione indebiti civiliter, debiti naturaliter, opusc. vol. 1. part. 3. p. 94. sqq. Ich habe in der Lehre von der condictione indebiti die bisher angenommenen Begriffe beybehalten. Berichtigungen dieser Begriffe und eigne neue Theorie giebt Hr. Prof. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit 2. Abth. §. 75. u. f. f. 3 Abth. §. 81. u. f. f. §. 91. u. f. f.

§. 956. Von der condictione indebiti.

Die condictio indebiti ist also die Klage, welche mir zusteht, wenn ich aus Irrthum eine Nichtschuld bezahle, gegen den Empfänger oder dessen Erben, und zwar dahin, daß sie das Bezahlte mit Früchten und Nutzungen zurückgeben sollen. Auf Zinsen kann diese Klage nicht gerichtet werden. Wenn ich z. E. vor zwey Jahren einem 1000 Thlr. indebite bezahlt habe: so kann ich diese Summe zurück fordern, aber keine zweyjährige Zinsen. Denn es wäre unbillig, wenn Jemand, der sich bona fide etwas hat bezahlen lassen, und keine Zinsen versprochen hat, dergleichen zahlen sollte. Andere sagen: die condictio indebiti war eine actio *stricti iuris*, und in dergleichen Klagen konnten keine Zinsen gefordert werden, wo sie nicht versprochen waren. Allein

es ist ungewiß, ob die condictio indebiti unter die actiones stricti iuris gehöre (* 1).

(1) Viele Juristen z. E. *Graff.* in collat. iur. rom. cum recess. Imp. sect. 6. §. 1. p. 276. *Lauterb.* coll. th. pr. tit. de cond. indeb. §. 29. *Stryk* us. mod. eod. tit. §. 2. *Gundling* diss. de usu pract. distinctionis actionum b. f. et stricti iuris, cap. 2. §. 29. *Berger* suppl. ad E. D. F. part. 1. tit. 50. obs. 5. behaupten, daß die condictio indebiti heutigestages auch auf Zinsen angestellt werden könne; wenigstens alsdenn, wenn der Empfänger das Geld in seinen Nutzen verwendet habe. Aber man s. *Hommel* Rhapsod. obs. 28. Ausführlich handelt auch von dieser Sache *Müller* ad *Leyser* tom. 2. Fascic. 1. obs. 33. Hat einer mala fide das indebitum angenommen, so kann er condictione furtiva belangt werden, und nun muß er freylich Zinsen zahlen. L. 18. D. de condict. furt.

§. 957. Von einigen andern verwandten Klagen.

Die condictio indebiti ist nicht zu verwechseln mit der condictione causa data causa non secuta. Die condictio setzt folgenden Fall voraus: a) ich gebe Jemanden eine Sache; b) damit er mir etwas dagegen geben oder thun soll (ob causam futuram); c) welches er mit Ehren geben oder thun kann (ob causam honestam); d) ich erhalte aber das verlangte nicht, weil es der andere nicht leisten kann oder nicht will; oder e) der Vertrag reuet mich, und ich will daher lieber das meiner Seits gegebene wieder haben, als das vom andern versprochene Object; und f) der Vertrag ist kein contractus nominatus. Wenn diese Hypothese statt findet: so kann ich das, was ich gegeben habe zurück fordern, und diese Klage heißt condictio causa data causa non secuta.

Ich sage: der Contract ist kein *nominatus*. Wenn ich in einem benannten Contracte Jemanden etwas gebe, und er den Contract nicht erfüllt; so muß ich ihn auf die Erfüllung oder auf das interesse belangen. Hingegen in den ungenannten Contracten konnte ich das Gegebene zurück fordern; und zwar, weil die Römer in diesem Contracte die Reue erlaubten, (§. 801.) selbst alsdenn, wenn der andere zur Erfüllung des Contractes bereit war. Heutigestages kann man der Regel nach in dieser Art von Contracten nicht pönitiren. Die condictio causa data causa non secuta findet also um der blossen Reue willen nicht statt, sondern nur in den oben (§. 801.) angeführten Fällen.

Die condictio indebiti ist auch unterschieden von der condictione ob turpem causam. Die Klage hat statt, wenn ich einem etwas gebe, damit er etwas schändliches thun soll, ohne daß ich selbst an der Schändlichkeit Theil nehme. Wenn ich nemlich etwas gebe, um eine schändliche Handlung zu thun: so weiß ich entweder a) daß die Handlung schändlich ist, und der Empfänger weiß es auch (ego turpiter do et alter turpiter accipit); oder b) ich weiß es allein, der Empfänger nicht (ego turpiter do, alter honeste accipit); oder c) ich weiß es nicht, aber der Empfänger weiß es (ego honeste dedi alter turpiter accepit). Im ersten

Fall,

Fall, wenn wir beyde die Schändlichkeit der Handlung kennen, z. E. ich gebe einem Geld, um einen Dritten zu injuriiren: so kann ich die condictionem ob turpem causam nicht anstellen, sondern das Geld wird confiscirt. Im zweyten Fall fällt die condictio ebenfalls weg; z. E. ich gebe einem Geld, um mir Contrebandwaaren ins Land zu bringen, und der andere weiß nicht, daß diese Waare in diesem Land Contrebande ist. Im dritten Fall aber, wenn der accipiens allein weiß, daß er unerlaubt handelt; der Gebende hingegen glaubt, daß er etwas erlaubtes thue, z. E. wenn ein Bauer dem Beamten Geld giebt, damit sein Sohn nicht als Recrut ausgehoben werde, in der falschen Voraussetzung, daß der Beamte es verrechne: so hat die condictio statt (*1).

Endlich ist auch die condictio sine causa von der conditione indebiti unterschieden. Wenn Jemand etwas ohne rechtmäßige Ursache besitzt, worauf ich Anspruch habe, und gleichwohl keine der vorigen Condictionen statt findet: so kann ich ihn condictione sine causa belangen; z. E. wenn ich Geld bey einem deponirt habe, und er es ohne meine Erlaubniß ausleiht: so kann ich gegen den Schuldner diese Klage anstellen. Oder man denke sich den Fall, daß ich Jemanden Geld auf eine Handschrift schuldig war; daß ich diese Schuld ablege; und nun doch die Handschrift nicht in Güte von ihm zurück erhalten kann. Hier fordere ich sie condictione sine causa zurück.

(1) Mehrere Beyspiele giebt *Müller* ad *Leyser* tom. 2. fascic. 1. obs. 334.

TIT. XXIX.

PER QUAS PERSONAS NOBIS OBLIGATIO ADQUIRITUR.

§. 958. Wer kann mir ein persönliches Recht erwerben?

Oben (im 2. B. 9. Titel) haben wir die Personen kennen gelernt, durch welche sich Jemand dingliche Rechte erwerben kann. Diese sind nemlich a) meine filii familias, b) meine Sklaven, c) meine Bevollmächtigte. Hier ist die Frage, welche Personen mir ein persönliches Recht erwerben, und eine Verbindlichkeit zuziehen können? Die Antwort ist wie in jenem Titel. Ein persönliches Recht kann ich a) durch meine filios familias, b) durch meine Sklaven, und c) durch einen Bevollmächtigten erwerben. Wenn z. E. mein Sohn, mein Sklave, mein Bevollmächtigter etwas kauft: so kann ich aus dem Kauf klagen. Nach dem alten Römischen Recht mußte mir der

Bevoll-

Bevollmächtigte zuvor iura cediren. Allein nach den neuen Gesetzen ist dieß unnöthig, denn ich kann actionem utilem ohne Cession anstellen. (§. 932.)

§. 959. Wer kann mir eine Verbindlichkeit zuziehen?

Auch Verbindlichkeiten können mir zugezogen werden durch meine *filios familias*, durch meine Sklaven und durch Bevollmächtigte. In welchen Fällen ich durch die Contracte meiner Kinder und Sklaven verpflichtet werden kann, werden wir im 7ten Theil des 4ten Buchs hören. Daß ich verpflichtet werde, wenn mein Bevollmächtigter seiner Vollmacht gemäß einen Contract schließt, haben wir im 932. §. gesehen.

DE NONNULLIS, QUAE PLURIBUS CONTRACTIBUS COMMUNIA SUNT.

§. 960. Von der Evictionsleistung.

Noch einige Lehren sind übrig, welche die Contracte überhaupt angehen. Dahin gehört zuerst die Materie von der Evictionsleistung. Wenn ich schuldig bin, auf den A. ein Recht zu transferiren, ein Dritter aber, B. dieses Recht gerichtlich in Anspruch nimmt, und den Proceß gewinnt: so sagt man, B. habe dem A. das Recht evincirt, abgestritten. Ersetze ich einem den Schaden, den er durch die Eviction leidet, so heißt es, ich prästire ihm die Eviction, leiste ihm die Gewehr. Die Eviction ist also nicht immer, wie die gemeine Definition lautet, eine ablatio rei. Mir kann eine Sache evincirt werden, die ich nie besessen habe; z. E. ich kaufe einem eine Sache ab, die ein Dritter im Besitz hat, und auf die er Ansprüche macht; ich stelle gegen diesen eine Klage an, verliere aber den Proceß. In diesem Fall ist mir die Sache nicht weggenommen, denn ich habe sie noch nicht gehabt, aber sie ist mir gleichwohl evincirt worden.

§. 961. Gründe, die Evictionsleistung zu fordern.

Wer von andern die Eviction geleistet haben will, muß dazu einen rechtlichen Grund haben. Dieser kann liegen, 1) in der Natur des Geschäftes, 2) in einem besondern Vertrag, 3) im *dolo* des andern. Wir wollen diese rechtliche Fundamente nach der Reihe durchgehen.

§. 962. Und zwar deren erster.

Der erste Grund der Evictionsleistung ist die Natur des Geschäftes. So oft nemlich Jemand ausdrücklich oder stillschweigend erklärt, daß er ein gewis-

gewisses Recht auf mich transferiren wolle, dergestalt, daß ich es haben und behalten solle, dieses Recht mir aber gleichwohl von einem Dritten abgestritten wird: so kann ich die Evictionsleistung fordern. Daher kann sie gefordert werden a) im Kauf. Denn wenn ich einem eine Sache verkaufe: so erkläre ich implicite, er soll sie haben, behalten und gebrauchen können. Eben so ist es b) bey dem Tausch; c) bey der Gebung an Zahlungsstatt; (§. 976.) d) bey der Theilung gemeinschaftlicher Sachen. Z. E. wenn zwey Miterben A. und B. eine gemeinschaftliche Erbschaft vertheilen, und A. das Wohnhaus annimmt, darauf aber ein Dritter kommt, Anspruch an das Haus macht, und den Proceß gewinnt: so ist B. schuldig den A. zu entschädigen, schuldig ihm die Eviction zu leisten, e) bey der Vermiethung, z. E. wenn ich einem ein Haus auf fünf Jahre vermiethet habe, und ein Dritter es binnen dieser Zeit evinciret: so muß ich dem Miethsmann die Gewehr leisten. f) Ja auch bey der Schenkung kann zuweilen die Evictionsleistung gefordert werden. Wenn ich nemlich einem eine Sache dergestalt schenke, daß ich sie ihm, ohne vorhergegangenes Versprechen, sogleich übergebe, so bin ich der Regel nach die Eviction zu leisten nicht schuldig. Verspreche ich einem etwas zu schenken, ehe ich es übergebe, und zwar ein Individuum, z. E. diese meine Taschenuhr: so bin ich eben so wenig zur Evictionsleistung verbunden. Endlich wenn ich einem ein genus zu schenken verspreche, z. E. ein Reitpferd, nicht dieses, jenes Reitpferd, sondern ein Reitpferd überhaupt, und ihm nun ein Stück übergebe, das nicht mein gehört, das ihm evincirt wird: so bin ich schuldig ein anderes zu substituiren (* 1).

(1) *Io. Chrph. Koch* diss. de evictione in donatione non indistincte praestanda. (Ien. 1756.) §. 26. sqq.

§. 963. Zweyter und dritter Grund.

Das zweyte Fundament, worauf sich die Evictionsleistung gründen kann, ist ein Vertrag. Zuweilen liegt in der Natur des Geschäftes keine Verbindlichkeit zur Gewehrleistung, sie wird aber ausdrücklich versprochen. Wenn ich einem z. E. eine Sache ohne vorhergehendes Versprechen schenke: so kann er keine Eviction fordern, wie wir im vorigen §. hörten. Verspreche ich ihm aber die Evictionsleistung ausdrücklich: so hat er ein Recht darauf. Bey den Römern wurde dieser Vertrag in eine Stipulation eingekleidet, und man ließ sich auf den Evictionsfall den doppelten, dreyfachen oder vierfachen Werth der Sache versprechen.

Das dritte Fundament der Evictionsleistung ist *dolus*. Wenn ich nach der Natur des Geschäftes keine Eviction zu leisten schuldig bin, auch keine ausdrücklich versprochen habe, aber in dolo bin, das heißt einem wissentlich eine

fremde Sache als meine eigene übergebe: so muß ich Eviction leisten. Z. E. wenn ich einem eine Sache, von der ich weiß, daß sie nicht mein ist, ohne vorhergängiges Versprechen als ein Geschenk übergebe: so muß ich meines doli wegen die Eviction leisten. (* 1).

(1) L. 18. §. 3. D. de donat. *Koch* l. c. §. 24.

§. 964. Von der Litis Denunciation.

Wenn ich will, daß mir mein Autor, das heißt der, von welchem ich die Sache adquirirt habe, die Eviction leiste: so muß ich ihm *litem* denunciiren. Man versteht unter der Litis Denunciation die Handlung, wodurch ich den, gegen welchen mir der Regreß zusteht, benachrichtige, daß ich gerichtlich belangt worden sey, und von ihm verlange, daß er mich gegen den Kläger vertheidigen helfe. Also sie setzt voraus, a) daß ich belangt werde; b) daß mir der Regreß gegen einen andern zusteht, das heißt, daß mir ein anderer auf den Fall, wenn ich den Proceß verliere, allen Schaden ersetzen muß; c) daß ich diesem von dem Proceß Nachricht gebe, und seinen Beystand verlange. Z. E. ich habe vom A. ein Haus erkauft, B. nimmt dieses Haus als sein Eigenthum in Anspruch. Verliere ich den Proceß: so habe ich den Regreß gegen den A., dieser muß mich entschädigen. Ich mache ihm also bekannt, daß ich wegen des Hauses belangt worden sey, und fordere ihn zum Beystand auf; verlange, daß er mir Argumente an Hand gebe, wodurch ich beweisen kann, daß das Haus mein, und des Klägers Anspruch ungegründet sey.

§. 965. Von den Zinsen.

Sehr oft werden in den Contracten auch Zinsen gefordert. Man versteht darunter einen Lohn, den ich für den Gebrauch einer schuldigen Quantität bezahle, und zwar mit derselben Art von Sachen bezahle, dergleichen ich schuldig bin. Also die Zinsen setzen voraus, a) daß ich einem eine Quantität schuldig bin, z. E. eine Ohm Wein, hundert Thaler, zehn Malter Korn; b) daß ich ihm für den Gebrauch dieser Quantität eine Vergütung gebe. c) Daß diese Vergütung eine Sache von derselben Art sey, wie die schuldige Quantität; z. E. wenn ich Wein schuldig bin: so bestehen auch die Zinsen in Wein; bin ich Geld schuldig: so werden auch die Zinsen in Geld bezahlt ꝛc. ꝛc. Die Zinsen sind also eine Gattung von Früchten, und zwar von fructu civili. (§. 329.) Die Quantität, für deren Gebrauch ich Zinsen bezahle, heißt sors, das Capital, der Hauptstamm, Hauptstuhl.

Bey den Zinsen sind vier Stücke zu betrachten: 1) das gesetzliche Fundament, 2) die gesetzliche Quantität, 3) die gesetzliche Dauer, und 4) die verbotene Vervielfältigung. Das Fundament der Zinsen liegt entweder in einem Ver-

trag,

trag, oder im Verzug des Schuldners, oder unmittelbar in der Verordnung des Gesetzes.

§. 966. Fundamente der Zinsen.

Das erste Fundament der Zinsen ist also ein Vertrag. Die Römer distinguirten zwischen *stricti iuris* und *bonae fidei* Contracten. In jenen mußte der Vertrag durch eine Stipulation bekräftigt werden, in diesen aber war ein simples Pactum, das man dem Contract sogleich anhängte, hinlänglich. Heutigestags sind alle Contracte bonae fidei, und wir haben keine Stipulation. Ein simpler Vertrag ist also in allen Fällen ein hinreichender Grund zur Zinsforderung.

Das zweyte Fundament der Zinsen ist *mora*. Doch distinguiren auch hier die Römer zwischen contractibus stricti iuris und bonae fidei. In einem stricti iuris Contract berechtigte mich die mora des Schuldners allein nicht, Zinsen zu fordern. Auch im Darlehn konnte man aus diesem Grund allein keine Zinsen verlangen. Hingegen in den bonae fidei Contracten verpflichtete die blosse mora zur Zinszahlung. Heutigestags aber muß der Schuldner von einem Darlehn, sobald er in mora ist, Zinsen entrichten.

Endlich giebt es auch drittens Fälle, wo Jemand Zinsen zahlen muß, ob er gleich keine versprochen hat, auch nicht in mora ist. Dahin gehört: 1) der Käufer. Er muß, sobald er die Früchte der gekauften Sache genießt, Zinsen vom Kaufschilling bezahlen, wenn er gleich keine versprochen hat, auch sich nicht in mora befindet, z. E. wenn ihm die Obrigkeit Arrest auf den Kaufschilling gelegt hat. Die Ursache ist, weil es unbillig wäre, wenn er die Früchte der Sache und den Nutzen des Kaufschillings zugleich genieſſen wollte. (880.) 2) Wer durch ein richterliches Urtheil zur Zahlung einer Summe verurtheilt ist, muß nach Verlauf von 4 Monaten, wenn er nicht zahlt, das Capital mit 12 Procent verzinsen (*[1]). 3) Pupillen und Minderjährige können von dargeliehenem Geld Zinsen fordern, wenn gleich keine versprochen sind, und der Schuldner nicht gemahnt worden ist (*[2]). 4) Die Schuldner des Fiscus müssen, sobald sie nicht zahlen, was sie schuldig sind, Zinsen geben (*[3]).

(1) L. 2. C. de usur. rei iud. (VII. 54.)
(2) L. 3. C. in quib. caus. restit. in int. (II. 41.)
(3) L. 17. §. 5. de usur. S. von dieser Art der Zinsen, die ausser dem Vertrag und dem Verzug zu bezahlen sind, *Noodt* tr. de foen. et usur. lib. 3. cap. 10. *Leyser* sp. 244. med. 5. sqq.

§. 967. Von der Quantität, der Dauer und Vervielfältigung der Zinsen.

Ehe ich die gesetzliche Quantität der Zinsen bestimme, will ich die Römische Benennungen erklären. Man bemerke also, die Römer bezahlten die

Zinsen gewöhnlich alle Monate. Sie hatten eine Münze, welche as hieß, denn ihr Pfund hieß as, (§. 488.) und die Assen wogen in den ältesten Zeiten ein Pfund; man nennte aber auch jedes Ganze einen as. Den assem, sowohl das Pfund als die Münze, theilten sie in zwölf Theile. Einer dieser Theile hieß *uncia*, zwey Theile *sextans*, drey Theile *quadrans*, vier Theile *triens*, fünf Theile *quincunx*, sechs Theile *semis*, sieben Theile *septunx*, acht Theile *bes* u. s. w. (§. 488.) Daher entstehen die Namen der verschiedenen bey den Römern üblichen Procente, welche sich am besten in einer Tabelle werden darstellen lassen.

Das Capital besteht aus 100 Assen.

Wenn jeden Monat gezahlt wird:	so beträgt dieß in 12. Mon. oder im ganzen Jahr:	Diese Zinsen heissen also:
1 *uncia* oder $\frac{1}{12}$ eines assis.	1 assem, oder 1 Procent.	foenus unciarium.
Sextans — $\frac{2}{12}$ — —	2 asses, — 2 —	usurae sextantes.
Quadr. — $\frac{3}{12}$ — —	3 — — 3 —	usurae quadrantes.
Triens — $\frac{4}{12}$ — —	4 — — 4 —	usurae trientes.
Quinc. — $\frac{5}{12}$ — —	5 — — 5 —	usurae quincunces.
Semis — $\frac{6}{12}$ — —	6 — — 6 —	usurae semissales.
Bes — $\frac{8}{12}$ — —	8 — — 8 —	usurae bessales.
Ein ganzer as, oder der 100. Theil des Capitals.	12 — — 12 —	usurae centesimae.

Dieses voraus gesetzt, bemerke man weiter: die Gesetze der zwölf Tafeln erlaubten nur foenus unciarium oder 1 Procent. Das Gesetz wurde aber nicht beobachtet. Man stieg mit den Zinsen bis auf 12 Procent. Nach Justinianeischem Recht sind in einigen Fällen zwölf, in andern nur acht, sechs, vier und drey Procent erlaubt. In Deutschland sind die usurae *ex mora* durch den Deputationsabschied vom Jahr 1600. §. 139. auf fünf Procent gesetzt, wenn jedoch der Gläubiger behauptet, daß sich sein interesse höher belaufe, so soll er mit dem Beweiß gehört werden. In dem jüngsten Reichsabschied §. 174. sind die Zinsen ex conventione ebenfalls auf fünf Procent eingeschränkt. Ob aber dieses Gesetz ganz allgemein, oder nur von den im dreyßigjährigen Krieg ruinirten Schuldnern zu verstehen, und ob heutigestags erlaubt sey, sich sechs Procent versprechen zu lassen, ist zweifelhaft (*[1]). An dem Reichskammergerichte ist die Meynung angenommen, daß man sich nicht mehr als 5 Procent versprechen lassen könne (*[2]). Wer sich sechs stipuliret hat, und gegen den Schuldner klagt, muß in der Klagschrift auf den sechsten Zinsthaler renunciiren. Am Reichshofrath aber hält man es für erlaubt, sich

sechs

sechs Procente versprechen zu lassen (* 3), und dieses gilt auch in den meisten deutschen Provinzen (* 4).

Die gesetzliche **Dauer** der Zinsen besteht darinn, daß sie das Capital nicht übersteigen dürfen. Wenn nemlich die Zinsen zusammen dem Capital gleich sind, so hört der Zinslauf auf. Z. E. ich habe im Jahr 1760. 1000 Thlr. auf 5 Procent erborgt. Diese Zinsen betragen im Jahr 1780. wieder 1000 Thlr. Von diesem Jahr an also hören die Zinsen auf, und ich kann keine mehr fordern. Nach der Nov. 121. ist die Regel allgemein; sie gilt sowohl in dem Fall, wenn der Schuldner die Zinsen abgetragen hat, als wenn sie aufgeschwollen sind. Aber nach der L. 10. C. cit. (IV. 32.) hat sie nur im letzten Fall statt, und da die Novelle nicht glossirt ist, so ist sie in der Praxis nicht angenommen. An dem Kammergericht wird weder auf die Novelle, noch auf L. 10. C. gesprochen (* 5), denn der Satz, daß die Zinsen das Capital nicht übersteigen sollen, ist ganz vernunftwidrig. Auch bey vielen Reichsständischen Gerichten wird auf das Römische Recht nicht erkannt (* 6).

Die **Vervielfältigung** der Zinsen ist, wenn man Zinsen von Zinsen nimmt, oder wie es heißt, einen *anatocismum* begeht. Dieß ist verboten. Wenn mir z. E. Jemand im Jahr 1780. 1000 Thlr. Capital und 50 Thlr. Zinsen schuldig ist, so darf ich im Jahr 1781. von den 50 Thlr. keine Zinsen nehmen. Der Grund ist, weil ein armer Schuldner durch den anatocismum in ungeheure Schulden kommen, und ruinirt werden würde. Wenn z. E. Jemand einen Gulden borgt, wöchentlich zwey Heller Zinsen davor verspricht, und die Zinsen immer zum Capital geschlagen werden, so steigt die Schuld in zwanzig Jahren bis auf 2392. fl. (* 7).

(1) *Ayrer* diss. de arbitrio iudicis circa usuras pecun. mutuatic. §. 13. Justinians merkwürdiges Gesetz, L. 26. C. de usur. erklärt ausführlich. *Io. Strauch* in diss. de centesimis usur. et foenore unciario, in opusc. Hal. 1739. ed. part. 3. n. 3.

(2) Joh. Gottfried von Meiern in s. Gedanken von der Rechtmäßigkeit des sechsten Zinsthalers. Hannover 1732. Seite 165. u. f. f. zeigt umständlich, daß die Disposition dieses Gesetzes nicht allgemein sey. Ein ungenannter schrieb dagegen: Refutation der Meierschen Gedanken ꝛc. Diesem setzte v. Meiern entgegen: Antwort auf die sogenannte Refutation. Hannover 1734. 4. Für die Rechtmäßigkeit des sechsten Zinsthalers streiten auch *Henr. Bodinus* diss. de usuris licitis ultera quincunces. *Io. Tob. Reinharth* diss. de usurar. pravitate, §. 16. *Ayrer* diss. cit. §. 14.

(2) v. Meiern am a. O. Seite 139. v. Cramer N. St. 80. Theil, 113. Seite. Doch kann auch an der Cammer, der sechste Zinsthaler, wenn er bezahlt ist, nicht condictione indebiti zurück gefordert werden. Cramer am a. O.

(3) v. Meiern S. 151. u. f. f.

(4) *Mev.* p. 4. dec. 205. n. 8. *Stryk* us. mod. tit. de usur. §. 11. et in caut. contr.

contr. sect. 2. cap. 1. n. 25. *Ayrer* diss. cit. §. 14. Im Hessendarmstädtischen sind durch eine Verordnung vom 4. May 1713. 6. Procent erlaubt.
(5) *Cramer* tom. I. obs. 23. et obs. 102.
(6) *Pufendorf* tom. I. obs. 14. Struben rechtl. Bed. 3. Th. 33. Bed.
(7) Estor Deutsches Recht. 2. Band. 344. Seite.

§. 968. Vom Interesse.

Wenn mir Jemand Schaden thut, eine Sache nicht giebt, die er mir zu geben schuldig ist, eine schuldige Summe nicht bezahlt, meine Sachen stiehlt, zernichtet, verdirbt, u. s. w. so verliere ich a) die Sache selbst, oder ihren Werth ganz oder zum Theil. Ich kann aber auch b) noch ausserdem manchen andern Schaden dabey leiden, und c) manchen Vortheil verlieren, den ich ausserdem würde erworben haben. Der Schade nun, den ich ausser dem Verlust der Sache oder des Werthes leide (*damnum emergens*, wie man ihn nennt) und der Profit, den ich entbehren muß (*lucrum cessans*), wenn sie angeschlagen werden, heissen zusammen *id quod interest*, das *interesse*. Dahin gehört z. E. a) die nach der mora des Schuldners geschehene Vermehrung des Werthes. Jemand sollte mir am 1 Jan. 1780. Weizen liefern. Er liefert nicht, und nun steigt der Fruchtpreiß. b) Unkosten von mancherler Art. Ich reise z. E. an den Lieferungsort, mein Schuldner aber bleibt aus. Diese vergebliche Reisekosten gehören zum Interesse. c) Die Conventionalstrafe, welche ich wegen der mora des Schuldners bezahlen mußte. A. hat mit 100 Stück Pferde am 1 Jan. 1780. zu liefern versprochen, ich habe diese Pferde wieder zur Armee zu liefern zugesagt, und auf den Unterlassungsfall mich zu einer Conventionalstrafe verpflichtet. A. liefert nicht, ich kann also auch nicht Wort halten, und muß die Strafe erlegen (*[1]). d) Der Verlust an einem Pfande. Ich konnte das Pfand nicht einlösen, weil mich der andere nicht zur bestimmten Zeit bezahlte, und es wird daher um einen geringen Preis verkauft (*[2]). e) Der Abgang an dem Werth anderer Sachen. Jemand schießt mir ein Pferd aus einem Gespanne todt und depretiirt dadurch die übrigen (*[3]). f) Alle Früchte und andere accessoria, die ich entbehren muß. g) Der Profit, den ich mit der Sache hätte machen können. Jemand verspricht mir auf die Herbstmesse 1780. in Frankfurt eine Summe Geld zu zahlen. Er zahlt nicht und ich kann daher die Waaren nicht mit Vortheil einkaufen, die ich kaufen wollte (*[4]). Nur ist zu bemerken: 1) der Schaden, den ich leide, muß nicht auf andere Art haben abgewendet werden können. Hieher gehört der Fall, den Paullus anführt (*[5]). Jemand unterläßt, mir den versprochenen Weizen zu liefern, und meine Sklaven verhungern deswegen. Ohne Zweifel setzt Paullus den Fall voraus, daß ich anderwärts her hätte Lebensmittel anschaffen können. So auch 2) der Profit, den ich hätte machen können, muß nicht nur eines Theils gewiß (*[6]),

son-

sondern ich muß auch ausser Stand gewesen seyn, ihn auf andere Weise zu machen. Wenn daher Paullus am a. Ort behauptet, neque enim si potuit ex vino negotiari et lucrum facere, id aestimandum est: so nimmt er, glaube ich, den Fall an, wo ich anderwärts her Wein bekommen und damit handeln konnte. Auf gleiche Weise erkläre ich mir Hermogenians Worte (* 7), wo es heißt: Wenn der Käufer nicht zur bestimmten Zeit zahle, so könne der Verkäufer zwar die Zinsen des Kaufschillings, aber nicht den Profit verlangen, welchen er durch Handel mit dem Kaufschilling hätte machen können (* 8). Will er diesen Profit fordern, so müßte er beweisen, daß er kein Geld liegen hatte, auch keines geborgt bekommen konnte, um jenen Profit zu machen.

Zwey Klagen, die auf das Interesse gehen, sind *condictio triticiaria*, und *de eo quod certo loco*. Wenn mir Jemand etwas aus einem bonae fidei Contract schuldig war: und es nicht zu rechter Zeit prästire: so konnte ich aus dem Contract selbst auf das Interesse klagen. Bey stricti iuris Contracten aber gieng dieß nicht an. Daher erfand der Prätor zu diesem Ende eine besondere Klage, welche condictio triticiaria heißt (* 9).

Mit der condictione de eo quod certo loco hat es folgende Bewandniß. Wenn mir Jemand in einem stricti iuris Contract eine Sache an einem gewissen Ort zu leisten versprochen hatte, so konnte ich ihn nirgends anders als an diesem Orte belangen, er war auch nicht schuldig anderwärts zu liefern. Gesetzt aber, er ließ sich an dem bestimmten Orte nie finden, wollte oder konnte nicht dahin kommen. Jetzt hatte ich gar kein Mittel zu dem Meinigen zu gelangen. Der Prätor aber kam gegen diese Strenge der Gesetze zu Hülfe. Er erlaubte mir in seinem Edict, a) meinen Schuldner auch an seinem Wohnorte zu verklagen, ja auch b) von ihm zu verlangen, daß er mir daselbst die Lieferung leiste. War diese Veränderung des Lieferungsortes mir nachtheilig, so konnte ich das *interesse loci* fordern. Litte hingegen der Schuldner Schaden dabey, so mußte ich ihm das Interesse vergüten. Uebrigens hieng die Bestimmung des Interesse in beyden Fällen gänzlich vom Ermessen des Richters ab. Ja er konnte sogar, nach Beschaffenheit der Umstände, den Beklagten, wenn er zur Lieferung an dem bestimmten Ort bereit gewesen war, von der Verbindlichkeit anderwärts zu liefern, ganz lossprechen (* 10). Bey den bonae fidei Contracten war diese Klage nicht nöthig. Hier konnte man aus dem Contract selbst dasjenige fordern, was man bey contractibus stricti iuris mittelst der condictionis de eo quod certo loco suchte (* 11).

(1) L. 2. §. 8. de eo quod certo loco.
(2) L. 2. cit.
(3) L. 22. §. 1. D. ad L. Aquil.
(4) L. 2. cit. de eo quod certo loco.

(5) L.

(5) L. 21. §. 3. D. de act. emt. et vend.
(6) Daher kann ich, wenn mir jemand das Netz zerreißt, die Fische nicht bezahlt verlangen, die ich hätte fangen können. L. 29. §. 3. ad L. Aquil.
(7) L. ult. de peric. et comod. rei vend.
(8) Ueber die Vereinigung der angeführten Gesetze L. 21. §. 3. de act. emt. et vend. L. 2. §. 8. de eo quod certo loco und L. ult. de peric. et comm. rei vend. ist viel geschrieben worden. Man s. *Vinnii* quaest. select. lib. 2. cap. 38. *Finestres* ad Hermogen. p. 464. *Fachin.* controv. lib. 11. cap. 15. *Noodt* de foenore et usur. lib. 2. cap. 6. *Beyma* de eo quod interest. p. 591. *Schilter* ex. 30. th. 125. Das berühmteste Gesetz in dieser Materie ist L. un. C. de sentent. quae pro eo quod interest feruntur, (VII. 47.) über welches man eigne Commentarien in Menge hat. Justinian sagt darinn, er wolle die Streitigkeiten, die in dieser Lehre geführt worden, entscheiden. Sancimus itaque in omnibus casibus, *qui certam habent quantitatem vel naturam*, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere. In aliis autem *casibus*, *qui incerti esse videntur*, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut quod revera inducitur damnum, hoc reddatur. Also in gewissen Fällen soll das Interesse nicht über das duplum steigen, in ungewissen aber kann es höher kommen. Nun fragt sichs aber, was will Justinian mit seinen gewissen, und ungewissen Fällen sagen? Man hat wenigstens acht verschiedene Erklärungen, unter welchen mir die des Contius (in opp. p. 489. sqq.) die richtigste scheint. Gewisse Fälle sind, wenn in einem Contract entweder beyde Theile einander eine bestimmte Sache, oder eine bestimmte Quantität versprochen haben, oder wenigstens der Eine sich zu dergleichen verpflichtet hat. Wenn ich also ein Haus für 5000 Thlr. kaufe, wenn ich einem ein Gemählde für 10 Ducaten zu machen verspreche, eine goldne Repetiruhr (in genere) für 200 Thlr. zu liefern verspreche, so sind es gewisse Fälle. Alle andere Fälle, wo das Interesse gefordert wird, gehören zu den ungewissen. Von den vielen Schriftstellern, welche über das Interesse und insonderheit über die L. un. Cod. cit. geschrieben haben, will ich nur die vorzüglichsten anführen. Sie sind: *Donellus* Lugd. Bat. 1630. 8. und anderwärts oft. *Contius* in opp. pag. 477. sqq. *Beyma* Leovard. 1645. 4. *Molinaeus* Lugd. 1597. 8. *Vallius* thesaur. *Otton.* Tom. 1. *Magnus* rat. et differ. iur. lib. 2. thesaur. *Meermann* tom. 3. *Balduinus* in Iustiniano, in *Heineccii* iurispr. Rom. et All. tom. 1. pag. 1175. *Cuiacius* in paratitl. et obs. lib. 9. cap. 31. lib. 16. cap. 34. *Vaud.* lib. 2. quaest. 8. *Giphanius* explanat. difficil. L. L. cod. pag. 258. sqq.
(9) Entweder von einem Prätor Triticius, der sie erfunden hat, oder von den Anfangsworten des Edicts: triticum, vinum, oleum. Beydes sind aber blosse Muthmassungen. Uebrigens haben von dieser Klage geschrieben *Io. Strauch* diss. de condict. triticiaria, in opusc. Hal. ed. n. 23. *Io. Car. van Wachendorf* in diss. triad. diss. 2. p. 201. sqq. und man zählt die Lehre davon, wegen der dunklen und widersprechenden Gesetze, unter die schwersten in den Pandecten.
(10) L. 4. §. 1. D. de eo quod certo loco.
(11) L. 7. pr. et §. 1. eod.

TIT. XXX.

QUIBUS MODIS TOLLITUR OBLIGATIO.

§. 969. Verschiedene Tilgungsarten der Verbindlichkeiten.

Wenn eine Verbindlichkeit getilgt wird: so hört sie entweder selbst nach dem strengen Recht auf, oder sie bleibt nach diesem Recht bey Kräften, und nur der Billigkeit wegen giebt man dem Verpflichteten eine Exception dagegen. Im ersten Fall sagt man obligatio *ipso iure*, im zweyten *ope exceptionis* sublata est.

Der Effect dieser Distinction ist, 1) wenn eine Verbindlichkeit ipso iure aufgehoben ist: so entsteht keine Klage daraus; ist sie hingegen nur ope exceptionis getilgt: so kann man daraus klagen, aber der Beklagte kann sich mit einer Exception dagegen schützen. 2) Daher hebt sich eine Verbindlichkeit ope exceptionis auch nicht eher, als bis der Verpflichtete die Exception im Gericht opponirt hat; hingegen wird eine Verbindlichkeit ipso iure aufgehoben, so geschieht es von selbst, sobald der Umstand sich ereignet, der die Verbindlichkeit tilgt, ohne daß es nöthig ist, im Gericht den Umstand selbst anzuführen.

§. 970. Aufhebung der Verbindlichkeit ope exceptionis.

Die Tilgungsarten der Verbindlichkeit, welche ope exceptionis geschehen, sind gar mannigfaltig. Dahin gehört a) ein Testament. Wenn ich einem nemlich das vermache, was er mir schuldig ist, und der Erbe ihn auf die Schuld belangt: so kann er sich mit der exceptione testamenti schützen. b) Ein *pactum*; wenn ich einem seine Schuld durch ein pactum erlasse, und nachher dennoch darauf klage: so werde ich mit der exceptione pacti abgewiesen. c) Eine richterliche Sentenz. Wenn mich der Richter von einer Forderung absolvirt hat: so steht mir exceptio rei iudicatae dagegen zu. d) Der Eid. Jemand formirt eine Forderung an mich; ich behaupte, daß ich nichts schuldig sey; er erklärt, daß er seine Prätension fallen lassen wolle, wenn ich die Schuld abschwören würde. Schwöre ich nun: so ist meine Verbindlichkeit ope exceptionis gehoben, das heißt, wenn ich belangt werde, kann ich exceptionem iurisiurandi opponiren. e) Die Wiederherstellung in vorigen Stand (restitutio in integrum). Von dieser wird §. 1001. u. f. f. gehandelt werden. f) Die Veränderung der Umstände. (§. 1010.)

§. 971. Arten, die Verbindlichkeiten ipso iure aufzuheben.

Die Tilgungsarten der Verbindlichkeit, welche ipso iure geschehen, sind zweyerley; durch einige können alle Gattungen von Verbindlichkeiten aufgehoben werden, durch andere nicht. Jene heissen *communes*, diese *proprii*. Die communes sind Zahlung; Abrechnung (*compensatio*); Confusion, Anbieten und Versieglung (*oblatio et consignatio*), Untergang der Sache, Novation, Präscription. Die proprii sind wieder zweyerley, entweder lassen sich dadurch nur die obligationes stricti iuris aufheben, d. i. die aus einem stricti iuris Contract entstanden sind; (§. 751.) oder nur die obligationes bonae fidei, die aus einem contractu bonae fidei entspringen. Die obligationes stricti iuris werden aufgehoben durch die Acceptilation, die obligationes bonae fidei durch den *mutuum dissensum*.

§. 972. Von der Zahlung.

Der erste modus tollendi obligationes ipso iure talis ist die Zahlung, *solutio*. Dieses Wort hat mancherley Bedeutungen. Zuweilen versteht man jede Tilgungsart der Verbindlichkeit darunter; in dieser allgemeinen Bedeutung begreift es auch die Compensation, Oblation, Confusion, Gebung an Zahlungsstatt, u. s. w. Zuweilen wird darunter nur die Abtragung einer Geldschuld verstanden. Hier bedeutet es die wirkliche Leistung dessen, was man schuldig ist, an den Gläubiger, der sie annimmt. Ich sage a) die Leistung. Hierdurch unterscheidet sich die Zahlung von der Erlassung der Schuld und Confusion. Durch diese Tilgungsarten wird die Verbindlichkeit ohne Leistung aufgehoben. b) Die wirkliche Leistung. Bey der Compensation geschieht eine imaginäre Leistung. c) Dessen, was man schuldig ist. Wenn ich statt dessen etwas anders prästire: so ist es datio in solutum, oder praestatio aestimationis. d) Der Gläubiger nimmt sie an. Dies geschieht bey der gerichtlichen Deposition nicht (* 1).

(1) Die Hauptschriftsteller von dieser Materie sind Brissonius und Freyer. Des ersten Tractat de solutionibus ist zu Frankf. 1587. Fol. des letzten seiner 1660. in 4. zugleich mit dem Brissonius herausgekommen. Der Brissonische steht auch in des Verf. kl. Schriften. (Lugd. Bat. 1747. fol.) S. 113. u. f. f. mit Trekell's Anmerkungen.

§. 973. Wer kann bezahlen, und wem kann bezahlt werden?

Bey der Zahlung soll etwas prästirt und zugleich eine Verbindlichkeit aufgehoben werden. Daraus folgt erstens, daß nur der bezahlen kann, dem die freye Administration seines oder eines fremden Vermögens zusteht. Ich sage seines oder eines fremden Vermögens. Daher kann der Bevollmächtigte für den Principal bezahlen, nur muß er entweder Specialvollmacht, Vollmacht

macht zur Zahlung haben, oder ein allgemeiner Bevollmächtigter, procurator universalis seyn, dem ich die Verwaltung aller meiner Geschäfte aufgetragen habe. Auch der Vormund kann Namens des Pupillen bezahlen.

Die zweyte Folge: man muß dem bezahlen, welchem man schuldig ist, oder seinem Specialbevollmächtigten, oder dem Verwalter aller seiner Geschäfte. Wie aber, wenn ich dem A. 100 Thlr. zu bezahlen hätte, und A. dem B. eben diese Summe schuldig wäre, ich also das Geld dem B. bezahlte? Nach dem strengen Recht werde ich nicht von meiner Schuld gegen den A. frey. Wenn indessen die Forderung des B. an den A. liquid war, und A. von mir das Geld fordert, so kann ich ihn mit der exceptione doli abweisen (*1).

(1) *Voet.* ad Pand. tit. de solut. §. 7. *Leyser* sp. 528. med. 3.

§. 974. Kann man für einen andern bezahlen?

Der Regel nach zahlt jeder selbst, was er schuldig ist. Indessen kann auch ein anderer Namens des Schuldners zahlen. Dahin gehört 1) der Bevollmächtigte. Dieser kann für den Principal zahlen. 2) Der negotiorum gestor. Er kann statt des domini negotiorum die Zahlung leisten. Ja ich kann auch 3) für einen zahlen, der es mir verboten hat (*1). Man denke sich den Fall, daß Jemand sich heimlich entfernen, und seine Schulden nicht bezahlen will; daß ein Freund sich erbietet, für ihn zu zahlen, daß jener es aber untersagt, und der Freund demungeachtet die Schulden bezahlt. In allen diesen Fällen hat die Zahlung die Wirkung, daß die Schuld dadurch getilgt wird. Nur ist zu bemerken, daß, wenn ich für Jemand, gegen seinen Willen bezahle, ich keinen Regreß gegen ihn nehmen, das ist, nicht von ihm verlangen kann, daß er mir die Auslage erstatte; ausser vermittelst einer Cession vom Gläubiger. Ich muß mir nemlich die Rechte des Gläubigers an den Schuldner abtreten lassen, und nun als cessionarius gegen diesen klagen. Indessen kann mir der Schuldner die Einwendung machen, es sey ihm daran gelegen gewesen, daß die Schuld nicht bezahlt worden sey, weil er z. B. Gegenforderungen gehabt habe. Beweist er dieses, so fällt mein Regreß weg (*2).

(1) *Struv.* evolut. controvers. tit. de solut. thes. 70.
(2) L. 43. D. de negot. gest. L. 39. eod. L. 53. D. de solut. *Hert.* diss. de solutione pro alio facta, sect. 2. §. §. 7. in opusc. vol. 2. part. 3. p. 203. *Pufendorf* obs. tom. I. obs. 130. p. 335.

§. 975. Wer kann nicht zahlen, und wem kann nicht bezahlt werden?

1) Ein Blödsinniger, ein Pupill, ein Minderjähriger, können nicht zahlen, ohne des Vormundes oder Pflegers Einwilligung. Denn wer bezahlt,

veräuſſert, er verliert das Eigenthum deſſen, was er bezahlt, die ebengedachte Perſonen aber ſind nicht befugt, etwas von ihrem Vermögen zu veräuſſern. Man kann ihnen auch 2) nichts bezahlen ohne des Vormundes oder Pflegers Einwilligung, und ohne ein obrigkeitliches Decret; denn wer ſich bezahlen läßt, verliert ſeinen Anſpruch, und es iſt zu beſorgen, daß dieſe Perſonen, wenn ſie die Zahlung empfangen, damit nicht gut haushalten werden. Die weitere Ausführung dieſer Sätze iſt ſchon §. 419. gegeben worden.

§. 976. Wie iſt die Zahlung zu leiſten?

Die Zahlung iſt die Leiſtung deſſen, was man ſchuldig iſt. Daraus folgt, daß der Schuldner nicht befugt iſt, dem Gläubiger ſtatt des ſchuldigen Objects etwas anders aufzudringen. Wenn ich einem a) dieſe Sache ſchuldig bin, ſo darf ich ihm keine andere ſtatt derſelben aufdringen, und bin ich b) eine Summe Geld ſchuldig: ſo kann ich ihm nicht ſtatt deren eine Sache aufdringen. Auch c) wenn ich ihm eine Sache ſchuldig bin: ſo kann ich ihn nicht zwingen, ſtatt derſelben Geld anzunehmen. Endlich d) kann ich einem auch ſtatt einer ſchuldigen Sache, oder einer ſchuldigen Geldſumme gegen ſeinen Willen kein *factum* leiſten. Im erſten und zweyten Fall, wenn ich nemlich einem ſtatt der ſchuldigen Sache eine andere Sache, oder ſtatt einer ſchuldigen Summe Geldes eine Sache, körperliche oder unkörperliche, gebe: ſo heißt es die Gebung an Zahlungsſtatt, *datio in ſolutum*. Dieſe alſo kann ohne die Einwilligung des Gläubigers nicht geſchehen, auſſer unter folgenden Umſtänden (* 1): wenn a) der Schuldner beweißt, daß er kein Geld habe; b) daß er ſeine Güterſtücke nicht um billigen Preis anbringen könne; wenn er ferner c) ſeine beſte Sachen offerirt. Dieſe werden d) von der Obrigkeit taxirt, und der Schuldner muß e) die Eviction leiſten (* 2).

2) Der Gläubiger iſt der Regel nach nicht ſchuldig, Stückzahlung anzunehmen, ſondern der Schuldner muß die ganze Schuld auf Einmal abtragen. Ich ſage, der Regel nach; Ausnahmen ſind: a) wenn die Schuld zum Theil noch illiquid iſt. Denn jetzt kann der Schuldner den liquiden Theil bezahlen und verlangen, daß der übrige liquidirt werde. b) Wenn Jemand verſchiedene Poſten aus verſchiedenen Fundamenten ſchuldig iſt (* 3), oder c) der Schuldner arm iſt, und durch die Zahlung des Ganzen völlig würde ruinirt werden. S. den angef. Reichsabſchied. Endlich, d) wenn die Schuld durch die Geſetze ſelbſt getheilt iſt; wenn nemlich der Schuldner mehrere Erben hat, ſo bezahlt jeder nur pro rata. (§. 812.). (* 4).

Endlich 3) muß auch der Schuldner a) in der Qualität, b) an dem Ort, und c) zu der Zeit bezahlen, wo er zu zahlen verbunden iſt. Thut

er

er dies nicht, so ist er dem Gläubiger den daraus erwachsenden Schaden zu ersetzen schuldig.

Also in der gehörigen Qualität. Daher darf er in keinen Münzsorten zahlen, welche schon verrufen sind, oder doch bald werden verrufen werden (*5). Wenn eine Münzveränderung vorgeht, so muß man so distinguiren, wie oben (§. 768.) in der Lehre vom Darlehn gezeigt worden ist. Es ist nemlich entweder etwas über die Münzsorten ausgemacht, oder nicht. Im letzten Fall ist die Münzveränderung entweder allgemein oder particulär (*6).

Am gehörigen Ort. Entweder ist der Ort im Contract bestimmt, oder nicht. Ist nichts bestimmt, so muß der Schuldner fungible Sachen, z. E. Geld, Wein, an den Wohnort des Gläubigers liefern, andere Dinge aber liefert er da aus, wo sie zur Zeit des Contracts waren (*7).

Zur gehörigen Zeit. Früher darf der Schuldner zahlen, aber nicht später (*8). Ist im Contract die Zeit gänzlich der Willkühr des Schuldners überlassen worden, so kann er gar nicht darauf belangt werden, sondern erst sein Erbe (*9).

(1) Dieses ist in der Nov. 4. cap. 3. festgesetzt, und nachher im jüngsten Reichsabschied, §. 172. bestätigt worden.
(2) *Sam. Stryk* diss. de beneficio dationis in solutum, in oper. tom. I. num. 9.
(3) L. fin. D. quib. mod. pign. solv. Ein nach und nach entstandenes Waarenconto aber kann nicht als eine aus verschiedenen Posten bestehende Schuld angesehen werden. *Hellfeld* iurispr. for. §. 1928.
(4) L. 6. C. famil. herciſc. (III. 36.)
(5) *Leyser* sp. 529. med. 19. 20.
(6) Schmidt in dem oben (§. 768.) angeführten Werk.
(7) *Lauterbach* coll. tit. de solut. §. 30. *Leyser* sp. 528. m. 10.
(8) L. 29. D. de solut.
(9) *Leyser* l. c. med. 3.

§. 977. Wirkung der Zahlung.

Die Wirkung der Zahlung ist die Erlöschung der Schuld. Sobald der Schuldner zahlt, ist er selbst seiner Verbindlichkeit los, die Bürgen sind frey, der Gläubiger muß die Pfänder zurück geben, und sein Recht auf die Hypotheken ist erloschen. Doch ist in Ansehung der Pfänder die Einschränkung nicht zu vergessen, die wir oben gehört haben; wenn ich einem mehrere Posten schuldig bin, und er wegen des einen ein Pfand hat, wegen des andern nicht: so ist er nicht eher schuldig, das Pfand heraus zu geben, bis ich die sämmtliche Schuldposten abgetragen habe.

§. 978. Von der Compensation.

Der zweyte modus tollendi obligationes communes ist die Compensation

oder Abrechnung. Sie setzt a) eine wechselsweise Schuld voraus. A. war dem B. schuldig, nun wird B. dem A. ebenfalls etwas schuldig. b) Beyde Schuldforderungen sind unbedingt; und c) beyde liquid. d) Die eine ist von derselben Art, wie die andere. Daß sie von einerley Quantität sind, ist nicht nöthig; die eine kann z. E. 1000 Thlr. die andere nur 600 Thlr. betragen, und dennoch findet eine Compensation statt. Wenn alle diese Erfordernisse vorhanden sind: so heben sich die wechselsweise Schuldforderungen auf, und zwar von selbst, *ipso iure*, ohne daß die Interessenten etwas darüber zu verabreden nöthig haben.

Einige theilen die Compensation in *voluntariam* und *necessariam* ein. Necessaria ist die wahre Compensation, die ich definirt habe. Die voluntaria geschieht, wenn ich mit einem andern einen Vertrag schliesse, vermöge dessen ich ihm nicht zahlen will, was ich ihm schuldig bin, und er mir nicht zahlen soll, was er mir schuldig ist. Die necessaria erfordert, daß die beyderseitige Schuld von einerley Art sey; hingegen durch die compensationem voluntariam können Schuldigkeiten von verschiedener Art gehoben werden. Wenn ich z. E. einem ein Pferd, und er mir einen Ochsen schuldig ist: so können wir ausmachen, daß wir diese Verbindlichkeiten gegen einander aufheben wollen. Die necessaria geschieht ipso iure, die voluntaria durch einen Vertrag.

Die Compensation wird ferner von einigen Juristen in die *temporalem* und *perpetuam* eingetheilt. Die perpetua ist nur eine eigentliche Compensation; die temporalis ist nichts als eine Retention, von der ich oben §. 283. S. 208. gehandelt habe.

§. 979. Erfordernisse der Compensation.

Die Compensation erfordert eine wechselsweise Schuld. 1) Wenn ich also ein Verbrechen gegen den andern, und der andere eins gegen mich begeht, so können wir in Ansehung der öffentlichen Strafe nicht compensiren; denn die Verbindlichkeit zur Strafe hat ein Delinquent gegen die Republik, nicht gegen den Beleidigten. Wenn ich also z. E. einen verwunde, und er mich wieder verwundet, so werden wir beyde gestraft (*[1]). Wenn beyde Ehegatten Ehebruch begehen: so werden beyde gestraft, und sie können sich nicht auf Compensation berufen. 2) Eine ungerechte Forderung ist so gut als gar keine; sie begründet also auch keine Compensation. 3) Gleiche Beschaffenheit hat es mit einem debito naturali destructo, wenn ich einem etwas nach dem Naturrecht schuldig bin, die bürgerlichen Gesetze aber diese natürliche Verbindlichkeit ganz zernichten; z. E. wenn ich einer Weibsperson aus einem Darlehn etwas schuldig bin, und sie mir etwas aus einer Bürgschaft schuldig wird: so hat keine Compensation statt. Denn die aus der Bürgschaft herrührende Verbind-

lichkeit

lichkeit einer Weibsperson ist von den bürgerlichen Gesetzen, vom SCto Velleiano völlig aufgehoben. Ist die natürliche Verbindlichkeit nicht ganz aufgehoben, sondern blos nicht bestätigt: so hat die Compensation statt. Z. E. wenn ich einem filio familias aus einem Kaufcontract, und er mir Geld aus einem Darlehn schuldig ist, so kann ich mich auf die Compensotion berufen. Denn obgleich seine Verbindlichkeit, vermöge des SCti Macedoniani keine Klage producirt: so ist sie doch nicht völlig destruiret. 4) Die wechselsweise Schuld muß liquid seyn, d. i. wenn einer eine klare und unbezweifelte Forderung an mich macht, und ich dagegen eine an ihn formire, welche weder sogleich auf der Stelle, noch binnen einer vom Richter zu bestimmenden Frist, erwiesen werden kann, sondern eine weitläuftige Untersuchung erfordert: so muß ich bezahlen, und die Exception der Compensation hat nicht statt. Ich kann aber nachher meine Forderung einklagen, und meine Beweise beybringen. So ist die Regel zu verstehen: liquidi cum illiquido nulla est compensatio. 5) Bin ich dem andern etwas sogleich und unbedingt schuldig, er mir aber erst nach einer gewissen Zeit, oder unter einer Bedingung: so kann ich mich auf keine Compensation berufen, ich muß bezahlen, was ich schuldig bin, und mit meiner Forderung warten, bis der Zahlungstermin erscheint, oder die Bedingung erfüllt wird. 6) Die Schuldposten müssen von einerley Art seyn. Wenn ich einem also a) ein individuum schuldig bin, und er mir ein genus, z. E. ich bin ihm ein gewisses bestimmtes Pferd schuldig, er mir eine Ohm Wein: so fällt die Compensation weg. Wir können einen Vertrag schliessen, daß ich das Pferd, und er den Wein behalten soll, aber das ist keine wahre Compensation, keine compensatio necessaria, die ipso iure geschieht. Eben so wenig hat b) die Compensation statt, wenn ich dem andern ein individuum schuldig bin, und er mir ein anderes, z. E. ich ihm dieses Pferd, er mir diesen Garten, oder c) wenn ich ihm ein genus und er mir ein anderes genus schuldig ist; z. E. ich ihm 100 Thlr., er mir eine Ohm sechs und sechziger Hochheimer Wein.

(1) *Sixt. Iac. Kapf* diss. de compensatione circa maleficia vel quasi, (Tub. 1778.) §. 15. sqq.

§. 980. Wirkungen der Compensation.

Die Compensation ist eine Aufhebung der Schuld, und zwar eine solche, die ipso iure geschieht (*[1]). Sie hat daher 1) dieselbe Wirkungen, wie die Zahlung; der Schuldner wird frey, die Bürgen werden ihrer Verbindlichkeit los, die Pfänder müssen zurück gegeben werden, der Zinsenlauf hört auf u. s. w. 2) Von dem Augenblick an, da die wechselsweise Schuldforderungen existirten, erlöschen sie entweder beyde völlig, oder die eine wird quoad concurren-

rem

tem summam vermindert (* 2). Sie erlöschen völlig, wenn sie von gleicher Quantität sind, z. E. wenn ich einem 100 Thlr. schuldig bin, und er mir eben so viel schuldig wird: so sind beyde Schuldposten erloschen. Wenn die eine Schuld aber größer ist, als die andere: so wird nur die concurrente Summe getilgt; das heißt, von der grösseren geht so viel ab, als die kleinere ausmacht. Z. E. ich bin einem 1000 Thlr. schuldig gewesen, nun wird er mir 600 Thlr. schuldig. In diesem Fall geht von der grösseren, von den 1000 Thlr. die summa concurrens, das heißt, die Summe der kleineren Schuld, die Summe von 600 Thlr. ab.

Nach dem alten Römischen Recht war ein Unterschied zwischen den contract bus bonae fidei und stricti iuris, den ich oben §. 751. erklärt habe, der aber in den neuen Gesetzen aufgehoben worden ist.

(1) Die Gesetze, §. 30. I. h. t. L. 4. C. de compensat. sind ganz deutlich. Indessen sind verschiedene Juristen anderer Meynung. S. *Vasquii* controvers. illustr. us. frequent. lib. 3. cap. 64. n. 7. p. m. 243. sqq.

(2) Also nicht erst von der Zeit an, da die exceptio compensationis vorgebracht wird, auch nicht von der Zeit an, da die wechselsweise Forderungen liquid gemacht worden, compensatio retrotrahitur. *Struv.* Ex. 21. th. 26. *Pufendorf* tom. 1. obs. 168.

§. 981. Von der Confusion.

Der dritte modus tollendi obligationes communes heißt *confusio*. (S. die 63. Tabelle.) Zuweilen kommen Rechte und Verbindlichkeiten in einer Person zusammen, die zuvor auf verschiedenen Personen ruheten. Dieses trägt sich auf mancherley Weise zu. Zuweilen treffen zwey iura *in re* in einer Person zusammen; zuweilen geschieht eine solche Zusammenkunft bey dem iure ad rem. Wenn iura in re zusammen kommen, so sind sie entweder a) Theile eines andern dinglichen Rechtes, z. E. die Proprietät und der Nießbrauch (dominium directum und utile). Der proprietarius kauft den Nießbrauch an sich, oder der usufructuarius erwirbt sich die Proprietät. (§. 378.) Der dominus directus bekommt auch das dominium utile, oder umgekehrt. Jetzt hören beyde Rechte förmlich zu existiren auf; es ist kein usufructuarius und proprietarius, kein dominus utilis und directus mehr vorhanden, oder b) das ius in re ist mir zur Sicherheit auf eine Sache gegeben, und nun werde ich zugleich Eigenthümer der Sache. Z. E. mein Schuldner hat mir sein Haus verhypothe-ciret, nun stirbt er, und ich werde sein Erbe, also auch Eigenthümer des Hauses. Jetzt hört das Pfandrecht auf.

Ich habe gesagt, manchmal geschieht eine Concurrenz bey dem iure *ad rem*; und alsdenn kommt entweder a) Recht und Verbindlichkeit zusammen, oder b) eine Verbindlichkeit zur andern, oder c) ein Recht zu dem andern.

dern. Recht und Verbindlichkeit können auf verschiedene Art zusammen kommen.

Nemlich 1) Recht des Gläubigers und Verbindlichkeit des Schuldners können zusammentreffen. Dahin gehören die Fälle: wenn der Gläubiger stirbt, und der Schuldner sein Erbe wird, oder wenn der Schuldner stirbt, und der Gläubiger ihm succedirt, oder endlich, wenn beyde sterben, und ein Dritter sie erbt. In allen diesen Fällen hört das Recht und die Verbindlichkeit auf, da niemand ein Recht gegen sich selbst haben kann. Es können aber auch 2) Recht des Gläubigers und Verbindlichkeit des Bürgen in Einer Person concurriren; nemlich wenn der Bürge stirbt, und der Gläubiger ihn erbt, oder umgekehrt, der Gläubiger stirbt, und der Bürge sein Erbe wird, oder endlich beyde, Gläubiger und Bürge mit Todt abgehen, und ein Dritter ihr Erbe wird. In diesen Fällen hört die fidejussorische Verbindlichkeit auf.

Der zweyte Fall war, wenn eine Verbindlichkeit mit der andern in Einer Person zusammentrifft. Sind diese Verbindlichkeiten von einerley Art, z. E. ein correus stirbt, und der andere erbt ihn, oder einer von mehreren Mitbürgen stirbt, und der andere wird sein Erbe, so bleiben beyde Verbindlichkeiten bey Kräften (* 1). Sind aber die Verbindlichkeiten von verschiedener Art, eine nemlich ist principal, die andere ist accessorisch: so geht die letzte zu Grund. Die hieher gehörigen Fälle sind: Der Schuldner stirbt, und der Bürge wird sein Erbe; der Bürge stirbt, und der Schuldner succedirt ihm; beyde, Schuldner und Bürge, sterben, und ich bin ihrer beyder Erbe. Endlich der letzte Fall ist: zwey iura ad rem kommen an Eine Person, z. E. ein correus stipulandi stirbt, und setzt den andern zum Erben ein. Auch hier geschieht keine Confusion (* 2).

(1) Ich kann also den Erben nicht nur aus eigener Person, sondern auch als Erben belangen, wie es mir vortheilhaft ist. Hätte er z. E. in eigener Person eine Exception, die dem andern correo nicht zustand, so belange ich ihn als Erben. L. 93. §. 1. D. de solut., wo man aber *non* confunditur lesen muß. L. 5. D. de fideiussor.

(2) L. 93. pr. de solut. L. 5. de fideiussor. Der Nutzen dieses Satzes, wie Scävola in der L. 93. sagt, ist, daß wenn dem verstorbenen correo eine Exception entgegen stand, ich der Ueberlebende gegen den Schuldner klagen kann, ohne daß dieser sich mit der Exception zu schützen vermag. Ich belange ihn nicht als Erbe des verstorbenen correi, sondern aus eigener Person.

§. 982. Von der solennen Depositon.

Auch durch die solenne Deposition kann eine Schuld aufgehoben werden. Sie setzt voraus, daß ich einem etwas schuldig bin, und a) ihm wirk-

lich nicht blos mit Worten, b) die ganze Schuld, c) zur rechten Zeit, d) am gehörigen Ort, e) in den schuldigen Münzsorten anbiete; f) daß er die Annahme aus nichtigen Ursachen verweigert, g) ich ihn citiren lasse ad videndum deponi. h) In dem angesetzten Termin versiegle ich die Sache, und i) deponire sie alsdenn im Gericht, oder an einem dritten sichern Ort, den die Obrigkeit wählt. Also drey Handlungen gehören zu diesem modo tollendi obligationes: oblatio realis, obsignatio und depositio. Wenn einer daran fehlt: so heißt es depositio minus solennis, und diese hat der Regel nach die Wirkungen der solennen nicht.

§. 983. Wirkungen derselben.

Nemlich die solenne Deposition wirkt so viel, daß 1) der Schuldner von seiner Verbindlichkeit frey wird, also auch der Zinsenlauf hört auf; die Bürgen und Pfänder werden frey. 2) Daß der Schuldner die Gefahr der deponirten Sache nicht mehr auf sich hat. Wenn sie z. E. gestohlen wird: so muß der Gläubiger den Schaden tragen. In einigen Fällen hat die nicht feyerliche Deposition statt. Nemlich 1) giebt es Fälle, wo die wirkliche Oblation allein ohne Deposition hinreichend ist. Dahin gehört der Fall in der L. 9. §. 1. D. und L. 9. C. de usur. (IV. 32.) Ich habe einem geringere Zinsen versprochen, z. E. drey Procent, aber auf den Fall, wenn ich sie nicht jedesmal auf den gesetzten Tag zahlen würde, mich zu höheren, z. E. zu vier Procent verbindlich gemacht. Hier hat die Oblation allein den Effect, daß ich von der Verbindlichkeit zu höheren Zinsen frey werde. 2) Kommen Fälle vor, wo die Versiegelung und Deposition, ohne vorhergegangene wirkliche Oblation hinreicht, und alle Wirkungen der solennen Deposition hat. Dies geschieht, a) wenn ich dem Schuldner nicht mit Sicherheit zahlen kann, weil er z. E. minderjährig, und noch kein Curator bestellt ist; b) wenn ich nicht weiß, an wen ich zahlen soll, weil mehrere über das ius crediti streiten; c) wenn mir der Richter auf die Sache einen Arrest gelegt hat; ich also dem Schuldner nicht zahlen darf. Endlich giebt es 3) Fälle, wo die Oblation nicht wirklich zu geschehen braucht, sondern die verbalis oblatio einige Wirkungen der solennen Deposition hat. Dies geschieht, a) wenn ich selbst nicht weiß, was ich schuldig bin, weil keine Abrechnung geschehen ist, z. E. in der Societät. Hier ist es nun den Zinsenlauf zu hemmen genug, daß ich mich zur Abrechnung offerire. b) Wenn ich eine unbewegliche Sache schuldig bin. Habe ich diese dem Gläubiger mit Worten angeboten, und darauf derelinquirt, so ist sie aus meiner Gefahr (* 1).

(1) *Zanger* de except. part. 3. cap. 2. n. 147. sqq. *Schulzen* tract. de oblat. consignat. et deposit. rei debitae, cap. 6. et 7.

§. 984.

§. 984. Vom Untergang der Sache.

Wenn ich einem etwas schuldig bin, und die Frage entsteht, ob ich durch den Untergang der Sache von meiner Verbindlichkeit frey werde: so sind nach der 64. Tabelle folgende Fälle zu unterscheiden. Der erste: ich bin eine speciem; der zweyte, ich bin ein genus oder quantitatem schuldig. Im ersten Fall, wenn ich einem eine speciem schuldig bin, und diese durch Zufall zu Grund geht: so ist meine Verbindlichkeit aufgehoben. Denn wir haben oben (§. 761.) die Regel gelernt: si sermo est de re ex contractu danda, casum sentit is, cui res debetur, oder welches einerley ist: debitor speciei liberatur casuali interitu rei, und diese gründet sich auf das Axiom des Naturrechts: zu etwas unmöglichem ist Niemand verpflichtet. Im letzten Fall aber gehen entweder alle Individuen, die zu dem Geschlecht gehören, zu Grund, oder nicht. Gehen sie alle zu Grund: so ist meine Verbindlichkeit erloschen. Z. E. wenn ich einem ein Gemälde von einem Meister versprochen hätte, von dem nur drey Stücke existirten, und diese drey giengen durch Zufall zu Grund: so wäre ich von meiner Schuld befreyt. Der Grund bleibt der vorige: zu unmöglichen Dingen ist Niemand verbunden. Gehen aber nur einige von den Individuen zu Grund: so bin ich nicht frey, denn ich kann und muß eins von den übrigen prästiren. Dies will die Regel sagen: genus et quantitas perire non censentur (* 1).

(1) *Io. Aug. Reichardt* diss. de casu obligationem tollente. Ien. 1767.

§. 985. In welchen Fällen der Untergang der Sache den Schuldner nicht befreyet.

Zuweilen muß Jemand den casum prästiren, das heißt, den Schaden, den ich durch einen casum leide, mir ersetzen; und dies aus dem Grund, weil er entweder in mora oder in culpa ist. Der Untergang der Sache befreyet also den Schuldner nicht, wenn er sich in mora befindet: sofern es nemlich eine schädliche mora ist, die etwas dazu beygetragen hat, daß die Sache zu Grund gegangen ist. Exempel habe ich oben (§. 760.) gegeben. Eben so wenig wirkt der Untergang der Sache die Aufhebung der Verbindlichkeit, wenn der Schuldner in culpa, der casus also nicht merus, sondern mixtus ist. Nur muß es ein Grad von culpa seyn, der in vorliegendem Fall zu prästiren ist. Wenn z. E. meine Sache bey dem Verkäufer zu Grund geht, und er hat nur culpam levissimam dabey begangen: so steht er für den casum nicht; denn er prästirt nur culpam latam und levem. (§. 871.) 4) Ein Dieb und Räuber wird durch den Untergang der gestohlnen oder geraubten Sache nicht von der Verbindlichkeit befreyet, den Eigenthümer zu entschädigen, denn er ist, wie die Juristen sagen, in perpetua mora. Von dem Augenblick an, da

er die Sache stahl oder raubte, war er schuldig, sie zurück zu geben, von diesem Augenblick also an war er in mora.

§. 986. Von der Novation.

Die Novation ist der sechste modus tollendi obligationes communis ipso iure. In weitläuftigem Sinn nemlich heißt Novation jede Veränderung, welche mit einer Verbindlichkeit vorgeht. Sie ist zweyerley: wenn durch eine Stipulation die alte Verbindlichkeit aufgehoben, und eine neue an deren Stelle gesetzt wird, so heißt sie die eigentliche Novation (*novatio privativa*). Wenn aber die erste Verbindlichkeit in ihrem Wesen bleibt, und neue Eigenschaften bekommt, so ist es Novation in uneigentlicher Bedeutung (*novatio cumulativa*).

§. 987. Eintheilungen derselben.

Die novatio cumulativa ist entweder eine nothwendige oder freywillige. Die nothwendige geschieht vermöge der gesetzlichen Vorschrift von selbst (ipso iure); die freywillige aber gründet sich auf einen Vertrag. Jene wird durch die Litis Contestation bewirkt, und es hat damit folgende Bewandniß. Wenn bey den Römern einer den andern vor dem Prätor belangte, dieser einen Commissarius (iudicem pedaneum) zur Untersuchung der Sache bestellte, und die Partheyen declarirten, daß sie ihn annähmen, und sich seiner Entscheidung unterwürfen: so hieß diese Erklärung litis contestatio. Zu den Zeiten der Kayser kam diese Art zu verfahren ab, und nun verstand man unter dem Wort litis contestatio die Klagschrift nebst der Antwort des Beklagten. Heutigestages wird die Einlassung des Beklagten auf die Klage allein, mit dem Namen litis contestatio belegt. Sie hat einige Wirkungen, vermöge deren man sie als eine Novation ansieht. Nemlich 1) eine Pönalklage kann nicht gegen den Erben des Delinquenten angestellt werden. (§. 1194.) Wenn ich aber den Delinquenten selbst belange, litem mit ihm contestire, und er nun stirbt: so geht der Proceß gegen die Erben fort. 2) Die Temporalklagen werden durch die Litis Contestation in perpetuirliche verwandelt. Eine perpetuirliche Klage (actio perpetua) heißt nemlich die, welche binnen dreyßig oder mehr Jahren angestellt werden kann; *actio temporalis*, welche kürzere Zeit dauert. (§. 1183.) Stelle ich nun eine Temporalklage an, und lasse sie nach der Litis Contestation liegen, so kann ich binnen dreyßig Jahren den Proceß wieder fortsetzen, nnd wenn ich eine perpetuirliche angestellt habe, so kann ich dies binnen vierzig Jahren thun.

Die novatio cumulativa voluntaria kommt in folgenden Fällen vor. 1) Wenn ich einem aussergerichtlich über eine Forderung, die er an mich macht,

macht, einen Eid deferire, und er ihn abschwört: so muß ich bezählen, gesetzt auch, daß er falsch geschworen hätte. Bey uns aber kommen solche ausserge-richtliche Eide höchst selten oder nie vor. 2) Bey der Conventionalstrafe. Man heißt nemlich Conventionalstrafe eine Sache, die ich auf den Fall ver-spreche, wenn ich einen Vertrag nicht erfüllen werde. Sie kann auf dreyerley Art festgesetzt werden; a) so daß der Promissar die Wahl hat, ob er die Erfül-lung des Vertrags oder die Strafe fordern will; b) dergestalt, daß er, im Fall das Hauptobject nicht geleistet wird, allein auf die Strafe soll klagen kön-nen; endlich c) so, daß er beydes, die Erfüllung des Hauptvertrages und die Strafe verlangen kann, *ut rato manente pacto, poena debeatur.* Eine fa-möse Steitfrage ist: an per stipulationem poenalem novetur obligatio, nemlich privative oder sensu proprio novetur? Zu deren Beurtheilung bemerke man: Erfüllung des Hauptvertrages und Strafe zusammen kann der Promissar nicht fordern, wenn es nicht ausbedungen ist (* 1). Darüber aber wird ge-stritten, ob im Fall der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, der Gläu-biger nun auf die Conventionalstrafe klagen müsse, oder ob er nicht statt dessen die Erfüllung des Hauptvertrages fordern könne; kurz also, ob es von ihm abhänge, was er verlangen wolle, Conventionalstrafe, oder Erfüllung des Vertrages. Dieß will die Frage sagen: an stipulatione poenali novetur obli-gatio (* 2). Ich halte es mit denen, welche sie verneinen, also behaupten, daß der Promissar, wofern nicht etwas anders ausgemacht ist, klagen kann, worauf er will (* 3).

(1) L. 10. §. 1. D. de pact. L. 14. C. eod. *Vinn.* ad §. fin. I. de verb. oblig.

(2) *Alciat.* ad L. 115. §. 2. de verb. oblig. in oper. (Basil. 1582. fol.) tom. 2. p. 808. sagt, man habe dreyzehn verschiedene Meynungen darüber.

(3) L. 115. §. 2. D. de verb. oblig. L. 122. §. 2. eod. *Adr. Pulvaei* tract. an poenali stipulat. principalis novetur obligatio, in opusc. Viteb. 1610. editis, num. 5. *Hunnii* resolut. lib. 3. tract. 4. quaest. 9. *Beyma* tract. de poenal. stipulat. cap. 3. *Lauterbach* diss. de poena convent. cap. 9. *Hellfeld* diss. de effectu poenae convent. sponsal. adiect. §. 26. in opusc. p. 388. Die Haupt-schwierigkeit macht L. 44. §. 6. D. de obligat. et act. Man sucht sie auf man-cherley Weise zu heben. Mir gefällt die Erklärung am besten, welche *Voet.* ad Pand. tit. de verb. oblig. n. 4. anführt.

§. 988. Von der eigentlichen Novation.

Die wahre und eigentliche Novation, novatio privativa ist bey den Rö-mern eine Stipulation, wodurch die alte Verbindlichkeit aufgehoben, und eine neue an ihre Stelle gesetzt wird. Also sie mußte durch Stipulation ge-schehen. In Deutschland geschieht sie durch einen Vertrag, der mit jeden beliebigen Worten kann geschlossen werden.

Diese eigentliche oder privative Novation ist entweder mit einer Delegation verbunden, oder nicht.

§. 989. Von der Novation ohne Delegation.

Ohne Delegation geschieht die Novation, wenn der vorige Schuldner und Gläubiger bleiben, und nur die Obligation geändert wird. Dahin gehört: 1) wenn man das ganze Fundament der Verbindlichkeit aufhebt, und ein neues substituirt; z. E. ich bin einem 1000 Thlr. aus einem Kaufcontract schuldig, und gebe ihm eine Verschreibung, worinn ich bekenne, diese 1000 Thlr. von ihm vorgeschossen erhalten zu haben, verwandle also die Schuld aus dem Kauf in eine Schuld aus einem Darlehn. 2) Wenn man die zufällige Bestimmungen der Verbindlichkeit, Zeit, Ort, Bedingung, *animo novandi* ändert. Ich war einem z. E. 1000 Thlr. auf Ostern 1780. schuldig, und wir verlängern den Zahlungstermin bis Pfingsten; oder ich war einem die Waare in Frankfurt zu liefern schuldig, und verspreche nun sie in Hamburg zu liefern; oder ich war nur bedingungsweise verbunden, und verpflichte mich jetzt unbedingt. Nur muß in allen diesen Fällen die Absicht der Interessenten, die erste Obligation aufzuheben, und eine andere an ihre Stelle zu setzen, ausser Zweifel seyn. 3) Wenn zwar weder das Fundament, noch die zufällige Bestimmungen der vorigen Verbindlichkeit ausdrücklich geändert werden, aber doch die Absicht, eine Novation vorzunehmen (animus novandi), deutlich erklärt wird. Dahin gehört a) wenn ich eine alte z. E. im Jahr 1770. ausgestellte Handschrift zurück nehme, und dagegen eine neue unter dem Datum 1780. ausstelle; b) wenn ich über eine Forderung transigire. Wenn nemlich Jemand an mich eine Forderung macht, die ich ableugne, und wir endlich einen Vertrag schliessen, vermöge dessen ich einen Theil bezahle, und er den andern Theil nachläßt: so ist *transactio*, ein Vergleich, vorhanden. In diesem Vergleich liegt eine Novation, denn die erste Verbindlichkeit wird aufgehoben (* 1).

Noch merkt der Autor an, daß einer, der Willens ist, eine neue Verbindlichkeit an die Stelle der alten zu setzen, diese Absicht deutlich erklären muß. Denn thut er dies nicht, so bleibt die alte Verbindlichkeit bey Kräften, und die neue ist auch giltig, er ist also zweymal verbunden (* 2). Z. E. wenn ich einem zwey Handschriften, eine über 600, die andere über 400 fl. ausstelle: so muß ich mir die ältere zurück geben lassen, oder in die neue setzen, daß jene erloschen seyn sollten. Denn sonst kann ich aus allen dreyen belangt werden.

(1) *Faber* ad Cod. tit. de transact. def. 2. *Gundling* diss. de transact. stabilit. §. 33. in exerc. p. 344. Anderer Meynung sind *Lyncker* in commentar. ad Pand. pag. 422. und *Stryk* us. mod. tit. de transact. §. 4.

(2) Die

(2) Die alten Juriſten ſtritten ſehr darüber, ob der animus novandi durch Vermuthungen erwieſen werden könne, und welche Vermuthungen dazu hinreichten? Dieſen Streit zu entſcheiden, gab Juſtinian die merkwürdige Verordnung, L. ult. C. de novat. (VIII. 42.) ſancimus, ſi quis vel aliam perſonam adhibuerit, vel mutaverit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam vel minuendam eſſe crediderit, vel conditionem ſeu tempus addiderit, vel detraxerit, vel cautionem minorem acceperit, vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant novationes: nihil penitus prioris cautelae innovari, ſed anteriora ſtare et poſteriora incrementum illis accedere, niſi ipſi ſpecialiter remiſerint quidem priorem obligationem, et hoc expreſſerint, *quod ſecundum magis pro anteriori elegerint.* Eine ausführliche Erklärung dieſes Geſetzes giebt *Io. Werlhof* diſſ. ad L. fin. C. de novat. et delegat. (Helmſt. 1709.) §. 6. ſqq. S. auch *Voorda* interpret. lib. 2. cap. 16.

§. 990. Von der Delegation.

Die **Delegation, Ueberweiſung einer Schuld**, iſt ein Vertrag, wodurch ein neuer Schuldner mit ſeiner Bewilligung an die Stelle des erſten geſetzt wird. Wenn nemlich jemand die Verbindlichkeit eines andern dergeſtalt auf ſich zu nehmen verſpricht, daß der andere gänzlich davon befreyet wird: ſo heißt er ein *expromiſſor* und ſein Verſprechen eine *expromiſſio*. Der Vertrag zwiſchen drey Perſonen aber, dem Gläubiger, Schuldner und Expromiſſor, worinn der Expromiſſor verſpricht, daß er die Schuld übernehmen will, und der Gläubiger ſich dem alten Schuldner verbindlich macht, dieſen Expromiſſor zum Schuldner anzunehmen, heißt **Delegation**. Die Expromiſſion und Delegation ſind alſo darinn unterſchieden: 1) expromiſſio kann geſchehen ohne Wiſſen und Willen des Schuldners. Ich kann die Schuld eines andern übernehmen, ohne Auftrag dazu von ihm zu haben. Ja, wenn mir Jemand verbietet, für ihn zu expromittiren, und ich es dennoch thue: ſo wird er von ſeiner Schuld frey. Hingegen die Delegation geſchieht mit Einwilligung des alten Schuldners. 2) In jeder Delegation liegt daher auch eine Expromiſſion, aber nicht umgekehrt; eine Expromiſſion kann ohne Delegation nicht ſtatt finden. Die drey Perſonen, welche bey der Delegation vorkommen, haben folgende Namen: der alte Schuldner heißt *delegans;* denn delegare iſt ſo viel als *ſubſtituere;* dieſer Schuldner aber ſubſtituirt wirklich einen andern. Der neue Schuldner oder Expromiſſor heißt *delegatus;* denn er wird delegirt, das heißt ſubſtituirt. Und der Gläubiger, da er nicht ſubſtituirt, auch nicht ſubſtituirt wird, bekommt einen Namen, der weder active noch paſſive Bedeutung hat, er heißt *delegatarius.*

Die **Anmerkung** ſagt: in der Delegation liegen alſo zwey beſondere Verträge, der erſte wird zwiſchen dem alten Schuldner und Expromiſſor geſchloſſen, und dieſer Vertrag kann nach Römiſchem Recht ohne Formel (nudis

dis verbis) geschehen. Der andere wird zwischen dem Expromissor und Delegatarius eingegangen. Dieser erfordert eine Stipulation. Da man in Deutschland von Stipulationen nichts weiß, so fallen sie auch hier weg.

§. 991. Wirkungen und Erfordernisse der Novation und Delegation.

Die Wirkungen der privativen und eigentlichen Novation sind dieselbe, welche die Zahlung hervor bringt. Die alte Verbindlichkeit wird aufgehoben; also nicht nur der Schuldner, sondern auch die Bürgen und Pfänder werden frey. Wenn ich z. E. einem eine Schuld aus einem Darlehn schuldig war, und ihm desfalls eine Hypothek bestellt hatte, diese Schuld aber durch Novation in eine andere verwandle, ohne die Hypothek zu erneuern, so ist sie erloschen. Auch wenn der Gläubiger wegen der alten Forderung ein besonderes Privilegium, Vorzugsrecht u. d. gl. hatte, so geht es durch die Novation verloren (* 1). An manchen Orten haben z. E. die Erbgelder (*pecunia hereditaria*), was ein Miterbe bey der Erbtheilung wegen übernommener liegender Güter an die andern heraus zahlen muß, ein besonderes Vorzugsrecht im Concurs. Wenn aber ein Miterbe dieses Geld bey dem andern, der es zu zahlen hat, als ein Darlehn stehen, sich eine Schuldverschreibung darüber ausstellen, Zinsen davon versprechen läßt, so verliert er seine Vorzugsrechte.

Was insonderheit die Novation betrifft, welche mit einer Delegation verknüpft ist; so bemerke man: der Delegatarius macht sich in der Delegation verbindlich, den neuen Schuldner statt des alten anzunehmen, er erläßt also dem alten seine Verbindlichkeit gänzlich, und schlechterdings, ohne Bedingung. Folglich haftet dieser nicht mehr, wenn auch gleich der Expromissor nicht verbunden ist, oder ausser Stand kommt, zu zahlen. Man denke sich z. E. den Fall, daß ein Pupill ohne des Vormundes Einwilligung eine Schuld durch Delegation übernimmt. Diese Delegation ist in soweit ungiltig, daß der Pupill nicht belangt werden kann. Aber gleichwohl kann der Gläubiger auch nicht mehr gegen den vorigen Schuldner klagen (* 2). Nur in dem Fall, wenn eine Weibsperson eine fremde Schuld durch Expromission übernimmt, verordnen die Gesetze, daß dem Gläubiger seine Forderung gegen den alten Schuldner wieder hergestellt werden soll (* 3).

(1) L. 9. L. 29. D. de novat.
(2) L. 1. §. 1. L. 20. §. 1. D. de novat.
(2) L. 14. D. ad SC. Velleian.

§. 992. Unterschied der Delegation und einiger ähnlichen Geschäfte.

Die Delegation ist also 1) von der Fidejussion oder Adpromission, und vom *constituto alieno* unterschieden. Denn in diesen beyden Geschäften wird die alte Obligation nicht aufgehoben. Der Bürge und constituens übernimmt

nimmt zwar auch die Verbindlichkeit; der erste Schuldner aber wird nicht befreyet. (§. 835.)

2) Die Delegation ist verschieden von der Cession. Die Römer verstehen unter der Cession eine Vollmacht, vermöge deren Jemand eine Forderung, die ich ihm verkauft, geschenkt ꝛc. habe, in meinem Namen einklagen, und was er bekommt, behalten soll. Nemlich die Römer hatten den Grundsatz: Personalforderungen können von der Person des ersten Gläubigers nicht getrennt, und auf einen andern Gläubiger nicht übertragen werden. Wenn ich einem also eine Forderung verkaufte, schenkte, oder auf andere Art überließ, so konnte er sie nicht in eignem Namen einklagen, sondern ich mußte ihm eine Vollmacht geben, daß er die Forderung als mein Bevollmächtigter in meinem Namen ausklagte. Diese Vollmacht hieß *cessio actionis* (* 1). Sie war also von der Delegation ganz unterschieden. Denn 1) ist sie keine Novation, d. i. mein Schuldner bleibt mir, wenn ich gleich die Schuld einem andern abgetreten, und actiones cedirt habe, dennoch verhaftet, und kann daher an mich bezahlen. Gegen den neuen Gläubiger bekommt er keine Verbindlichkeit. 2) Der Schuldner kann dem, welchem ich actiones cedirt habe, alle die Exceptionen entgegen setzen, die ihm gegen mich zustanden; hingegen der delegatus kann dem delegatario die Exceptionen nicht entgegen setzen, die er gegen den delegantem hatte; denn indem er sich ohne Vorbehalt seiner Einreden delegiren läßt, entsagt er ihnen (* 2).

Heutigestags versteht man unter der Cession die Abtretung einer Schuld. Denn in Deutschland kann eine Personalforderung vom Gläubiger auf Jemand anders transferirt werden. Daher behaupten denn auch die Practiker, daß durch die Cession der Schuldner (debitor cessus) von seiner Verbindlichkeit gegen den ersten Gläubiger (cedentem) frey, und dem neuen Gläubiger cessionario) verhaftet werde (* 3). Wenn indessen mein Gläubiger seine Forderung an mich einem andern abtritt, und ich dieser Cession unwissend dem ersten Gläubiger oder dem Cedenten bezahle: so bin ich meiner Schuld entledigt (* 4). Daher ist es eine nöthige Cautel, daß der, welcher sich eine Forderung cediren läßt, sogleich dem Schuldner Nachricht davon gebe. Wenn dieß geschehen ist: so darf der Schuldner dem Cedenten nicht mehr zahlen. Der zweyte vorhin angeführte Unterschied zwischen der Cession und Delegation gilt auch bey uns; da sein Grund bey uns eben so gut, als bey den Römern, eintritt (* 5).

(1) Cedere actiones ist nichts anders, als mandare actiones; ius *persequendi debiti* per mandatum in alium transferre. S. L. 3. §. 5. D. de in rem verso. L. 2. in fin. D. famil. herciſc. L. 24. pr. D. de minor. L. 8. in fin. D. mandat. L. 76. D. de solut. L. 1. C. de novat. (VII. 42.) Wer sich eine Schuld cedi-

ren läßt, heißt daher bey den Römern allezeit *procurator in rem ſuam*, nicht *ceſſionarius*, und anſtatt debitor ceſſus ſteht in der L. 1. C. cit. is, *adverſus quem actiones mandantur*. *Donell.* commentar. iur. civ. lib. 15. cap. 43. *Sande* de ceſſ. act. cap. 1. n. 3. ſqq. *Fineſtres ad Hermogenian.* p. 466. Indeſſen wollen einige, z. E. *Wiſſenbach* de act. ceſſ. diſp. 1. num. 4. *Lenz* de act. ceſſ. pag. 33. ſqq. einen Unterſchied zwiſchen cedere und mandare actiones machen.

(2) L. 12. 13. 19. 22. D. de novat.

(3) *Schilter* ex. 30. th. 64.

(4) *Cramer* opuſc. tom. 4. p. 366. ſqq.

(5) Es behaupten zwar manche z. E. *Mev.* P. 4. D. 140. p. 8. D. 486. *Carpzov* p. 2. dec. 255. *Lyncker* in analect. ad *Struv.* Ex. 21. th. 25, daß nach der Praxis bey einer ceſſione *oneroſa* die Exceptionen, welche dem Cedenten entgegen ſtanden, gegen den ceſſionarium nicht angeführt werden könnten. Allein man ſ. *Berger* el. diſcept. for. tit. 11. obſ. 6.

§. 993. Von der Verjährung.

Auch die Verjährung iſt ein Mittel, alle Arten von Verbindlichkeiten aufzuheben. Denn jeder Klage iſt eine gewiſſe Zeit vorgeſchrieben, binnen welcher ſie angeſtellt werden muß. Geſchieht dies nicht: ſo iſt die Klage, und folglich auch die Verbindlichkeit des Schuldners erloſchen. Wir werden von dieſer Verjährung im 12. Titel des 4. Buchs ausführlich unterrichtet werden.

§. 994. Von den modis propriis.

Die Tilgungsarten der Verbindlichkeit, wodurch nur gewiſſe Arten derſelben gehoben werden können, heiſſen modi tollendi obligationes proprii. Es giebt nemlich eine Handlung, durch welche nur die Verbindlichkeiten aufgehoben werden können, welche durch eine Formel contrahirt worden ſind, obligationes verborum; ſie heißt *acceptilatio*. Durch eine andere Handlung kann man nur die Verbindlichkeit tilgen, welche ohne Formularcontract entſtanden ſind, und dieſe heißt *mutuus diſſenſus*. Wenn ich einem nemlich eine Schuld erlaſſe: ſo geſchieht dieß entweder mit einer Formel, oder nicht. Im erſten Fall heißt die Erlaſſung *acceptilatio*. Im letzten geſchieht die Erlaſſung entweder durch Aufhebung eines Bilateralcontracts, oder nicht. Jene heißt *mutuus diſſenſus*, dieſe *pactum de non petendo*, *pactum remiſſorium*.

§. 995. Wie Formularverbindlichkeiten aufgehoben werden.

Die Römer hatten den Grundſatz: auf dieſelbe Weiſe, wie eine Verbindlichkeit entſteht, muß ſie auch getilgt werden. War alſo eine durch einen Formularcontract entſtanden: ſo mußte ſie auch durch eine Formel aufgehoben werden, und wenn ſie mit ſimplen Worten (nudis verbis) durch einen Conſen-

ſenſualcontract, Realcontract, pactum legitimum, praetorium oder adiectum contrahirt worden war: ſo mußte man ſie mit dergleichen Worten auch wieder diſſolviren (*1). Wenn man eine Formularobligation durch ſimple Worte erließ: ſo wurde ſie nicht ipſo iure zernichtet, ſondern ope exceptionis, das heißt die Verbindlichkeit blieb nach dem ſtrengen Recht bey Kräften, doch konnte ſich der Schuldner, wenn er belangt wurde, mit der exceptione pacti ſchützen. Wenn ich einem aber eine ſolche Verbindlichkeit durch eine Formel erließ: ſo wurde ſie ipſo iure getilgt. Und eine ſolche durch Formel geſchehene Erlaſſung einer Schuld hieß *acceptilatio*.

(1) Dieß iſt der wahre Sinn der Regel: nihil tam naturale eſt, quam unumquodque eodem modo diſſolvi, quo colligatum eſt. Weiter muß man ſie nicht ausdehnen, alſo z. E. nicht glauben, daß ein Contract, welcher vor Gericht geſchloſſen worden iſt, auch nicht anders als gerichtlich aufgehoben werden könne. *Leyſer* vol. II. p. 171.

§. 996. Was iſt die Acceptilation?

Die Acceptilation war ein feyerlicher Act; der Schuldner fragte durch eine Formel, ob ihm der Gläubiger die Schuld erlaſſen wolle, und der Schuldner antwortete in einer Formel, er wolle ſie erlaſſen. Wenn dieß geſchehen war: ſo war die Verbindlichkeit gehoben. Die Frageformel war: quod ego tibi promiſi, habesne acceptum (nimmſt du es für empfangen an)? und die Antwortsformel: habeo acceptum. Wenn man eine Verbindlichkeit, die ohne Formel entſtanden war, durch die Acceptilation aufheben wollte: ſo mußte ſie zuvor durch eine Novation in eine Formularobligation (verborum obligationem) verwandelt werden. Und dieſe Operation heißt ſtipulatio Aquiliana; von ihrem Erfinder, dem Rechtsgelehrten C. Aquilius Gallus.

§. 997. Vom heutigen Nutzen dieſer Lehre.

Wir haben in Deutſchland keine ſolenne Formeln, und keine Stipulationen; wir haben alſo auch keine Acceptilation. Alle Arten von Verbindlichkeiten können daher mit beliebigen Worten aufgehoben und erlaſſen werden.

§. 998. Vom pacto remiſſorio.

Wenn eine Verbindlichkeit ohne Formel erlaſſen wird: ſo geſchieht die Erlaſſung entweder dadurch, daß man einen zuvorgeſchloſſenen Bilateralcontract aufhebt, oder auf andere Weiſe. Die erſte Aufhebung heißt mutuus diſſenſus, die letzte pactum de non petendo, oder pactum remiſſorium. Das pactum remiſſorium wirkte in einigen Fällen ſo viel, daß die Verbindlichkeit ipſo iure aufgehoben wurde. L. 17. §. 1. D. de pactis (*1). Gewöhnlich aber

hatte es diese Wirkung nicht, sondern verschaffte nur dem Schuldner, im Fall er belangt wurde, exceptionem pacti.

(1) Wenn ich nemlich einem Dieb versprach, die Diebstahlsklage nicht gegen ihn anzustellen, oder einem, der mich injuriirt hatte, versprach ihn deswegen nicht zu belangen. Denn die Zwölftafelgesetze erklärten diese Verträge für giltig; (Tab. 2. et. 7.) sie waren also pacta legitima.

§. 999. Vom mutuo dissensu.

Der mutuus dissensus ist ein Vertrag, wodurch festgesetzt wird, daß ein zuvor geschlossener Bilateralcontract, der noch nicht erfüllt ist, nicht gelten solle.

§. 1000. In welchem Fall er statt findet.

Der mutuus dissensus supponirt also: 1) einen Bilateralcontract; 2) der noch nicht erfüllt ist. Ist ein Contract schon erfüllt: so können zwar die Partheyen einen neuen Contract schliessen, der dem vorigen conträr ist; aber sie können den ersten nicht mehr durch mutuum dissensum aufheben. Wenn ich einem z. E. mein Haus verkauft, auch gegen Empfang des Kaufgeldes übergeben habe, und nun mit ihm ausmache, daß er mir das Haus wiedergeben, und das Kaufgeld zurücknehmen soll: so ist der erste Kauf nicht durch mutuum dissensum aufgehoben, sondern ein zweyter Kauf geschlossen. Dieser Satz ist keine Römische Subtilität, wie Wernher (*1) glaubt, sondern gründet sich in der Natur der Sache und ist practisch. Ich will nur Einen Fall anführen, worinn sich sein Nutzen zeigt. An manchen Orten wird von liegenden Gütern, wenn sie verkauft werden, eine gewisse Abgabe entrichtet. Gesetzt, ich kaufe an einem solchen Ort einen Acker; der Kauf aber wird per mutuum dissensum wieder aufgehoben. Jetzt wird die Abgabe nicht entrichtet. Hingegen wenn ich den Acker gekauft, tradirt erhalten und bezahlt habe, und ihn nun gegen Restitution des Kaufschillings zurückgebe: so muß die gesetzliche Abgabe doppelt bezahlt werden; denn es ist ein doppelter Kauf geschlossen worden (*2).

(1) *Wernher* sel. obs. forens. Tom. 1. P. 5. Obs. 133. pag. 1052.
(2) Man s. von dem mutuo dissensu auch Pufendorf Tom. 1. obs. 41.

§. 1001. Von der Wiedereinsetzung in vorigen Stand.

Unter den Tilgungsarten der Verbindlichkeit, welche ipso iure geschehen, ist die **Wiedereinsetzung in vorigen Stand**, *restitutio in integrum* eine der wichtigsten. Im allgemeinen Verstand bedeutet dieses Wort eine jede Wiederherstellung des vorigen Zustandes, die von der Obrigkeit geschieht. Sie ist zweyerley; (s. die 65. Tabelle,) entweder Restitution der Sache, oder der **Person**. Zuweilen nemlich muß eine Sache auf Befehl der Obrig-

keit

keit wieder in vorigen Stand gesetzt werden. Z. E. wenn Jemand auf einen öffentlichen Platz bauet, wo er zu bauen kein Recht hat (*1). Wird eine Person restituirt; so bekommt sie entweder ihre vorige Rechte, oder ihre Possession wieder. Von der letztern Art ist die restitutio spoliatorum; wenn mich jemand spoliirt, das heist, mich meines Besitzes auf unrechtmäßige Art beraubt, und die Obrigkeit mich wieder in den Besitz setzt. Die Restitution der Rechte wird entweder in einer Civil = oder Criminalsache ertheilt. Die letztere geschieht entweder aus Gnade oder aus Gerechtigkeit. Wenn nemlich Jemand eines Verbrechens wegen zur Strafe verurtheilt wird, nach ergangener Sentenz aber seine Unschuld beweißt, und daher wieder in den vorigen Stand gesetzt wird, so ist es restitutio ex capite iustitiae. Setzt aber der Landesherr einen zur Strafe Verurtheilten aus bloßer Gnade wieder in den vorigen Stand: so heist es restitutio ex capite gratiae (*2).

(1) L. 2. §. 43. D. ne quid in loc. publ.

(2) Unter den ältern Schriftstellern von dieser Materie ist *Sfortias Oddus* in tract. de restit. in integrum Venet. 1584. Fol. und nachher mehrmal aufgelegt, unter den neuern *Dompiene de Ionquieres* specim. de restit. in int. sive commentarius ad titulos Pandectarum qui ad illam materiam pertinent VII. priores libri IV. et VItum lib. XXVII. Lugd. Bat. 1767. 8. zu bemerken. S. auch *Christ. Gottlob Biener* diss. historica iuris civilis de restit. in int. Lipsi. 1778.

§. 1002. Von der Restitution aus Civilgesetzen.

Die Restitution in einer Civilsache ist die Wiederaufhebung eines Geschäftes, das nach dem strengen Recht giltig, einem aber schädlich ist, welche aus einer gerechten Ursache geschieht (*1). Sie gründet sich entweder auf die Gesetze oder auf des Prätors Edict. Die erstere ist entweder im Römischen Recht gegründet, oder im Canonischen.

Was zuerst die Restitution betrifft, die sich in Römischen Gesetzen gründet: so bemerke man, es gibt Fälle, wo die neuern Gesetze selbst ein Geschäft, das nach dem älteren und strengen Recht giltig ist, aufheben. (XI. 29.) Dahin gehört a) die restitutio ex L. 31. D. de iureiur. Wenn der Richter einer litigirenden Parthey den Erfüllungs = oder Reinigungseyd auflegt, und diese ihn abschwört; der Gegentheil aber nachher neue Beweißgründe findet, durch die er sein Recht ausser Zweifel setzen kann: so wird er gegen den geleisteten Eid in integrum restituirt. b) Die Restitution ex L. 33. D. de re iudicata. Gegen eine Sentenz, die aus falschen Documenten gesprochen ist, kann man sich in integrum restituiren lassen, wenn man die Falschheit dieser Documente beweisen kann. Indessen verdient diese Restitution den Namen eigentlich nicht. Denn eine solche Sentenz ist *null*, sie braucht also nicht rescindirt zu werden, kann nicht rescindirt werden. c) Die Restitution aus der L. 2. C. de resc vend.

Wer in einem onerösen Contract, z. E. in einem Kauf über die Hälfte lädirt ist, kann den Contract umstossen lassen. (§. 870. §. 888.) d) Endlich wird auch der Staat, respublica vermöge der L 3. C. de iure reip. XI. 29 wenn er bey einem Handel Schaden gelitten hat, in integrum restituirt (*2).

Die Wiederherstellung aus den Canonischen Gesetzen wird der Kirche und allen frommen Stiftungen (piis corporibus), also Spitälern, Waysenhäusern u. dgl. ertheilt (*3).

(1) Viele ältere Juristen unter den neuern auch *Glük* in opusc. fascic. 2. p. 302. sqq. behaupten, wenn jemand bey den Römern die Restitution vermittelst einer Klage gesucht habe, so seyen zwey *iudicia*, sie sagen, nöthig gewesen, das *rescindens* und das *rescissorium*. Zuerst habe man den Prätor gebeten, dasjenige aufzuheben, umzustossen, wodurch man Schaden gelitten habe; (iudicium rescindens) alsdann aber habe man die Sache selbst verlangt, welche einem durch die Läsion entzogen gewesen sey (rescissorium): allein *Bachov* in prot. p. 954. sqq. *Vinn.* in quaest. select. lib. 1. cap 10. *Domp. de Ionquieres* l. c. tit. 1. §. 45 *Biener* l. c. p. 11. sqq. und fast alle Neuere, verwerfen diese Meynung ganz oder zum Theil und ich kann mich auch nicht überzeugen, daß bey allen Restitutionsgesuchen ein solches doppeltes iudicium nöthig gewesen sey.

(2) In der Praxis dehnt man dieses auf alle collegia und corpora aus, welche ihre Geschäfte durch administratores verwalten lassen. Sie können, wenn sie durch die Schuld des Administrators Schaden leiden, Restitution suchen, *Lauterbach.* colleg. th. pr. tit. de minor. §. 38.

(3) C. 1. et 2. de restit. in integr. 6. clem. un. eodem.

§. 1003. Von der prätorischen Restitution.

Die prätorische Restitution gründet sich entweder auf eine im Edict bestimmte Ursache, oder auf die allgemeine Clausel des Edicts. In dem beständigen Edict nemlich (§. 53.) waren zuerst gewisse Ursachen festgesetzt, um deren Willen die Restitution sollte gesucht werden können, alsdenn aber schloß sich das Edict mit der Clausel: *item, si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam* (*1). Wenn nun Jemand Restitution aus einer Ursache sucht, die nicht namentlich im Edict steht: so sagt man, er suche sie ex clausula praetoris generali (*2). Beyspiele werden §. 1010. vorkommen. Die im Edict benennte Ursachen sind Furcht und Zwang; Betrug; Minderjährigkeit; *capitis deminutio;* Veräusserung einer Sache in der Absicht dem andern sein Recht zu erschweren (*alienatio iudicii mutandi causa facta*). Von der Restitution des Zwangs, des Betrugs und der Minderjährigkeit wegen wird in den folgenden §§. gehandelt werden. Die wegen der Capitisdeminution und Veräusserung will ich hier kürzlich erklären.

Wenn Jemand die geringste Capitisdeminution litte, so giengen seine Rechte und obligationes stricti iuris zu Grund; denn er wurde als ein ganz neuer Mensch betrachtet (*3). Der Prätor ertheilte aber dagegen Restitution, er stellte diese Rechte und Verbindlichkeiten wieder her.

Gesetzt,

Gesetzt, Jemand veräussert eine Sache, weil er weiß, daß ich ihn deswegen belangen will, und zwar an einen mächtigern Gegner, in der Absicht mir zu schaden. Hier kann ich Restitution suchen, aber keine eigentlich sogenannte, um die Veräusserung umzustossen, sondern eine im uneigentlichen Verstande, d. i. ich kann gegen ihn auf das Interesse klagen.

(1) L. 1. §. in fin. D. ex quib. cauf. maior.
(2) Wenigstens dehnt man in der Praxis diese Restitution so weit aus. Ob dieß aber den Gesetzen gemäß sey, ist noch zweifelhaft. S. *Io Phil. Frank* diff. de rest. in int. ex clausula Praetoris generali, ultra casus absentiae non extendendae. *Erl.* 1785. *Müller* ad *Leyser* obs. 193.
(3) *Conradi* parerg. lib. 2. num. 2. §. 7.

§. 1004. Grundsätze bey der Restitution.

Die Restitution erfordert also 1) ein Geschäft, das nach dem strengen Recht giltig ist. Ist es nach diesem Recht ungiltig, so hat man nicht nöthig, Restitution dagegen zu suchen. 2) Wer sie suchen will, muß ohne seine Schuld lädirt seyn, Schaden gelitten haben; eine Ausnahme ist bey den Minderjährigen. Diese werden auch gegen solche Handlungen restituirt, bey denen sie selbst Schuld an ihrem Schaden sind. Er muß ausserdem 3) eine rechtmäßige Ursache anführen können. Daher wird die Einsetzung in vorigen Stand nicht ohne vorgängige Untersuchung ertheilt. 4) Sie muß binnen der gesetzten Zeit gebeten werden. Diese ist nach den neuern Römischen Gesetzen quadriennium continuum; das heist, eine Zeit von vier Jahren, worinn aber alle Tage, sie mögen Gerichtstage seyn, oder nicht, gezählt werden (*1). (§ 666.) Ausnahmen sind a) bey den Civilrestitutionen, welche in §. 1002. unter a) b) und c) erzählt sind, nemlich restitutio ex L. 31. D. de iureiur. L. 33. D. de re iud. und L. 2. C. de rescind. vendit. dauern 30 Jahre (*2); b) bey der Restitution, die um eines Betrugs willen gesucht wird (*3). Denn diese kann nur innerhalb zwey fortlaufenden Jahren (intra biennium continuum) gesucht werden. c) Bey der Restitution, die sich auf Zwang und Furcht gründet. Wenn man bey dieser nichts als Ersetzung seines Schadens (simplum) verlangt: so kann man sie binnen 30 Jahren anstellen. d) Wegen der Capitisdeminution kann innerhalb 30 Jahren Restitution gesucht werden (*4).

Sobald Jemand Restitution bittet, muß bis zu ausgemachter Sache alles in seinem jetzigen Stand bleiben; wenn er aber die Restitution erhält, so wird die Sache in den vorigen, das heist in den Stand gesetzt, worinn sie vor dem schädlichen Handel war. Z. E. wenn ich gegen einen Kauf Restitution bekomme: so gebe ich die gekaufte Sache zurück, und erhalte den Kaufschilling wieder. Der also, welcher die Restitution bekommt, wird ausser Schaden gesetzt; er darf aber auch nichts durch die Restitution gewinnen.

(1) Nach

(1) Nach dem alten Römischen Recht, mußte die prätorische Restitution innerhalb eines anni utilis gesucht werden, diejenige ausgenommen, welche der Capitis Deminution wegen ertheilt wurde; denn diese fand innerhalb 30 Jahren statt. L. 14. §. 1. D. quod met. cauf. L. 6. D. de alienat. iudic. mut. cauf. L. 2. §. fin. D. de cap. minut. Weil aber die Zählung des anni utilis Schwierigkeiten machte, so setzte Constantin M. in der L. 8. C. de dol. mal. (II. 21.) bey der Restitution des Betrugs wegen, ein quadriennium continuum an dessen Stelle. Nachher verordnete er in der L. 2. C. Theodos. de integri restitut. (ap. *Gothofr.* Tom. 1. p. 163) daß Minderjährige in Rom binnen 5, in Italien binnen 4, und in den Provinzen binnen 3 Jahren Restitution suchen sollten, und alle diese Zeitfristen sollten tempora continua seyn. Justinian hob in der L. 7. C. De tempor. in integr. restit. (II. 53.) den Unterschied der Oerter auf und verordnete, daß die Restitution, die der Minderjährigkeit, sodann die, welche der Abwesenheit wegen, ertheilt wird, binnen 4 Jahren gebeten werden solle.

(2) Einige z. E. *Cocceii* iur. controv. L. 4. tit. 1. Qu. 1. behaupten zwar, daß auch diesen eine vierjährige Frist vorgeschrieben sey. Allein, die gemeine, auch richtigere Meynung ist: daß sie 30 Jahre daure *Stryk* de us. mod. tit. de restit. in int. §. 1.

(3) Bey diesen hatte Constantin schon den annum utilem in ein biennium continuum verwandelt, und Justinian hat dessen Verordnung in seinen Codex aufgenommen, also nicht abgeschaft wissen wollen.

(4) *Wottaer* in observat. ad ius civ. et Brandenb. Fascic. 1. obs. 23. §. 3. und *Glück.* diss. de via petendae restit. in int. (Hal. 1776) halten dafür, daß heutigestages alle Restitutionen binnen 30 Jahren gesucht werden können. Allein, ihre Gründe sind nicht überzeugend S. *Io. Christoph Koch* de praescript. restitutionis in integrum. Giessae 1780) §. 5.

§. 1005. Von der Restitution des erlittenen Zwangs wegen.

Die erste bestimmte Ursache der prätorischen Restitution ist Furcht und Zwang. Furcht heist die Verabscheuung eines künftigen Uebels; Zwang (nemlich die Gattung, von der hier die Rede ist, *vis compulsiva*) ist eine Handlung, wodurch ich Jemand mittelst Androhung eines Uebels bewege, etwas zu thun, was er sonst unterlassen haben würde. Wenn mich nun Jemand durch Zwang und Furcht zu einem Handel bewegt: so ist nach dem Naturrecht der ganze Handel ungiltig (*1). Aber wie ist es nach den Römischen Gesetzen? Viele Juristen glauben, die negotia bonae fidei seyen ungiltig, die negotia stricti iuris hingegen giltig (§. 751.) (*2). Allein diese Meynung ist noch grossem Zweifel unterworfen. Gewiß ists, daß einige einzelne Geschäfte nach Römischem Recht ungiltig waren, wenn sie erzwungen wurden; nemlich a) die Ehe, b) die Manumission, c) die Einwilligung des Vormundes, und d) das Versprechen eines Brautschatzes. Alle andere Geschäfte waren, wie die unten angeführten Schriftsteller (*3) behaupten, nach dem strengen Recht giltig, wenn sie gleich erzwungen waren. Der Prätor aber, welcher die

die Unbilligkeit dieses Rechtes einsah, ertheilte auch hier die Wiedereinsetzung in vorigen Stand, und actionem quod metus.

(1) Mein Naturrecht §. 78.

(2) Z.E. *Noodt* tr. de form. emend. dol. mal. cap. ult. *Gundling* tr. de efficientia metus, cap. 3. in exercit. Tom. 2. n. 2. Christ. Breuning Abhandlung vom Unterschied des Römischen und Deutschen Rechts in den Geschäften, so durch unrechtmässige Furcht veranlaßt worden, in Siebenkees Magazin, 2. B. 156. u. f. S.

(3) *Zoes.* ad Pand. tit. quod met. caus. n. 3. sqq. *Cocceii* iur. controv. eod. tit. Quaest. 2. *Westenberg* Pand. ibid. §. 14. 15.

§. 1006. Welche Furcht ist eine gerechte Ursache zur Restitution?

Wenn ich der Furcht wegen Restitution suchen will: so muß sie 1) von Seiten desjenigen, der sie erweckt, eine ungerechte Furcht seyn; das heist, der, welcher mich in Furcht setzt, muß nicht befugt dazu gewesen seyn. Wenn also der Richter durch Drohung einer Strafe, des Gefängnisses u. s. w. einen Unterthanen bewegt, seine Schuldigkeit zu thun: so hat keine Restitution statt. 2) Auf Seiten dessen, welcher in Furcht gesetzt wird, muß sie nicht eitel, nicht grundlos seyn. Die Furcht heist alsdenn eitel (metus vanus), wenn Jemand seinen hinlänglichen Grund dazu hatte; si in constantem virum non cadit, sagen die römische Juristen. Um aber zu beurtheilen, ob hinlänglicher Grund vorhanden war, muß man a) die Beschaffenheit dessen, der sich fürchtete, sein Alter, Geschlecht, Gesundheitsumstände u. s. w.; b) die Beschaffenheit des, welcher die Furcht erweckte, und c) das angedrohete Uebel, woraus sie entstand, in Betrachtung ziehen. Ist nun eine solche Furcht, die auf der einen Seite ungerecht, auf der andern gegründet ist, vorhanden, und die Ursache eines geschlossenen Geschäftes: so giebt der Prätor mir restitutionem in integrum und im Gefolge derselben nicht nur Klagen, sondern auch eine Exception. Die Klagen sind zweyerley: der Prätor giebt mir a) mein voriges Recht, und die daraus entspringende Klage. Wenn ich aus Furcht ein ius in re aufgegeben z. E. meine Sache veräussert, eine Erbschaft repudiirt habe, so gibt er mir die Realklage, z. E. Reivindication oder Erbschaftsklage gegen jeden Besitzer (*1). Habe ich aus Zwang meinem Schuldner die Schuld erlassen, so restituirt mir der Prätor meine Personalklage (*2).

Der Prätor ertheilt mir aber auch b) eine neue Klage, die *actionem quod metus* (*3). Diese kann ich nicht allein gegen den anstellen, der mich in Furcht gesetzt hat, sondern auch gegen jeden Besitzer der mir abgezwungenen Sache. Sie gehet dahin, daß mir der Besitzer die Sache herausgeben soll, und zwar, wenn er selbst den Zwang ausgeübt hat, mit allen Nutzungen. Ist die Sache durch einen Zufall zu Grund gegangen, so muß der *malae fidei* Possessor den Werth ersetzen. Bey den Römern hatte diese Klage auch noch die besondere Eigen-

schaft, daß wenn der Beklagte verurtheilt wurde, die Sache herauszugeben, und diese Sentenz nicht gutwillig befolgte, er zum vierfachen Ersatz verurtheilt wurde. Nur mußte, wenn diese *condemnatio in quadruplum* statt finden sollte, die Klage binnen vier Jahren angestellt worden seyn. Ausserdem hatte sie binnen dreyßig Jahren statt.

Endlich erhalte ich vom Prätor auch *exceptionem quod metus*, wenn ich nemlich aus Zwang etwas versprochen habe, und aus dem Versprechen belangt werde.

Noch ist die Frage zu beantworten, ob wir, nach canonischen und Deutschen Rechten die Restitution bey gezwungenen Geschäften nöthig haben, oder ob nicht vielmehr dergleichen Geschäfte ganz null sind. Die meisten Juristen (*5) behaupten das letztere, und schliessen dann daraus, daß die actio quod metus in unsern Gerichten gänzlich wegfallen, und der Gezwungene Reivindication, Publicianische Klage und condictionem indebiti anstellen könne. Allein diesen Schluß halte ich doch nicht für ganz richtig. Denn es können Fälle vorkommen, wo die actio quod metus vortheilhafter ist, als die angeführte Klagen. Wenn mir einer eine Sache abgezwungen, und sie an einen redlichen Besitzer veräussert hat, so ist es besser, diesen actione quod metus, als rei vindicatione zu belangen, weil bey dieser letzten Klage mein Eigenthum beweisen muß, das ich bey jener nicht nöthig habe.

(1) L. 21. §. fin. L. 4. quod met. cauſ.
(2) L. 9. §. 4. D. L. 3. C. eod.
(3) *Summermann* ad prot. Pand. tit. quod met. cauſ. §. 14. ſqq.
(4) L. 14. §. 5. 11. D. quod met. cauſ. L. 1. C. eod. L. 40. D. etc. hered. petit. *Weſtenberg* Pand. tit. quod met. cauſ. §. 30. ſqq.
(5) *Gundling* tr. cit. cap. 4. 5. 6. *Pauli* diſſ. de incongrua praxi doctrinae iur. rom. de reſtit. in int. ex capite metus, Gedan. 1758 Breuning am a. O.

§. 1007. Von der Restitution Betrugs wegen.

Die zweyte bestimmte Ursache zur Wiedereinsetzung in vorigen Stand ist dolus. (S. die 66. Tabelle). Dolus heist zuweilen jede Verstellung, wodurch man sich einen Vortheil zu verschaffen sucht, und in diesem Verstande ist er entweder erlaubt (*dolus bonus*), oder unerlaubt (*dolus malus*) (*1); Beyspiele von dolo bono sind, wenn Jemand durch List einen Strassenräuber glauben macht, daß noch Reisegesellschaft in der Nähe sey; die Kriegslisten; das bekannte Salomonische Gericht über die zwey Huren; die Territion mit der Folter (*2). Zuweilen aber versteht man darunter eine Handlung, wodurch ich dem andern wissentlich schade. Und in diesem Verstande ist es entweder *dolus ex propoſito ſive perſonalis*, oder *dolus ex re ſive realis*. Dolus ex propoſito nemlich ist vorhanden, wenn ich schon vor unternommener Handlung wußte,

wußte, daß sie dem andern schädlich seyn würde; dolus ex re, wenn ich erst nach unternommener Handlung erfahre, daß ich dem andern dadurch geschadet habe. Z. E. wenn ich weiß, daß meine Uhr nicht von Gold ist, und sie doch für eine goldne verkaufe: so begehe ich dolum ex proposito; hingegen wenn ich die Uhr für golden hielt, sie als eine solche verkaufte, nach geschlossenem Verkaufe das Gegentheil erfahre, und stillschweige: so ist es dolus ex re. Der dolus ex proposito ist entweder *clandestinus* oder *manifestus*. Wenn ich nemlich dem andern meine Absicht zu schaden verheele: so heist es dolus clandestinus; wenn ich sie nicht verheele, sondern offenbar zu Werke gehe, dolus manifestus. Z. E. ein Bandite, der einen Menschen unversehens tod schießt, begeht dolum clandestinum, wer aber einen andern im Duell ersticht, begeht dolum manifestum.

Wenn der Prätor Restitution des Betrugs wegen verspricht: so versteht er dolum malum ex proposito und clandestinum, eine Verstellung, wodurch ich dem andern schade. Dieser aber kommt entweder in einem Contract vor; oder ausser demselben. Ausser einem Contract, z. E. Jemand belügt meinen Oncle, daß ich auf ihn geschimpft hätte, und bewegt ihn, mich durch ein Testament von seiner Erbschaft auszuschließen; oder Jemand versichert mir betrüglich, daß ein anderer in guten Vermögensumständen sey; ich lasse mich dadurch bewegen, diesem zu creditiren, und verliere am Ende mein Geld. In diesem Fall hat actio doli oder in factum statt. (S. den folgenden §.) Der Beschädigte klagt auf die Ersetzung alles durch den Betrug erlittenen Schadens. Ist aber der Betrug in einem Contract gespielt worden, so ist er entweder die Bewegursache, welche den Betrogenen zum Contrahiren verleitet hat, oder nicht. Im ersten Fall heist er dolus dans causam contractui, im zweyten incidens. Wenn mir einer ein zwanzigjähriges Pferd mit der Versicherung verkauft, daß es zweyjährig sey, und diese Ueberredung mich allein zum Kauf bestimmt hat, weil ich ein zwanzigjähriges Pferd gar nicht würde gekauft haben: so ist dolus dans causam contractui vorhanden. Gesetzt aber, ich kaufe eine Uhr, weil sie sehr richtig geht; der Verkäufer versichert mir dabey, sie sey von Gold, und dieß ist falsch. Jetzt ist der Betrug nur dolus incidens.

(1) L. 1. §. 3. D de dol. mal.
(2) *Ev. Otto* diss. de dolo bono. in collect. diss. n. 10.

§. 1008. Fortsetzung.

Dies vorausgesetzt, kann ich die Restitution des Betrugs wegen erklären. Wenn nemlich in einem Contract ein Betrug passirt: so ist der Contract entweder stricti iuris oder bonae fidei. Ist er bonae fidei, so ist entweder der dolus die Bewegursache zum Contract gewesen, oder nur ein dolus incidens.

War er die Bewegursache, so ist der Contract null und nichtig (* 1); man hat also nicht nöthig, Restitution dagegen zu suchen, sondern stellt entweder a) die aus dem Contract selbst entstehende Klage auf dessen Zernichtung an; z. E. wenn der Käufer durch Betrug zum Kauf verleitet worden ist, so stellt er actionem emti auf die Annullation des Kaufes an; oder b) wenn man aus dem betrüglichen Contract belangt wird, opponirt man exceptionem doli. Ist es aber nur dolus incidens, so ist und bleibt der Contract giltig, und der Betrogene kann nur auf die Ersetzung seines Schadens klagen. Z. E. wenn mir einer eine tombackene Uhr für eine goldne verkauft; aber nicht die Materie, sondern das innere Werk mich zum Kauf bewogen hat: so kann ich den Kauf nicht anfechten; sondern ich kann verlangen, daß mir der Käufer so viel vom Kaufschilling zurück gebe, als der Goldeswerth beträgt (* 2).

Wie steht es aber mit den stricti iuris Contracten? Diese waren giltig, wenn gleich ein dolus darinn vorgegangen war, und zwar möchte er der Beweggrund zu dem Contract oder nur incident gewesen seyn. Der Prätor aber, welcher dieses unbillig fand, versprach den Betrogenen gegen den Contract in integrum zu restituiren. Er gab ihnen daher exceptionem doli, wenn sie aus dem Contract belangt wurden, und eine Klage gegen den Betrüger, daß er alle durch seinen Betrug erhaltene Vortheile zurück geben und den Schaden ersetzen solle.

Diese Klage heist *actio doli* oder *de dolo*, wird aber vom Prätor nur unter mancherley Einschränkungen gestattet. Denn sie hat a) nur statt, wenn der Schaden, den der Betrogene erlitten hat, beträchtlich (* 3); b) der Kläger keine verächtliche Person, auch dem Beklagten keine Achtung schuldig ist (* 4); und c) kein anderes Rechtsmittel hat, zu seiner Entschädigung zu gelangen (* 5). Die Ursache dieser Einschränkungen liegt darinn, weil diese Klage *famosa* ist, d. i. den Beklagten, wofern er condemnirt wird, ehrlos macht. Und eben daher dauert sie auch nur zwey Jahre. Wo man übrigens die actionem doli nicht anstellen kann, da hat doch actio in factum statt, welche 30 Jahre dauert (* 6). Also die actio doli ist eine subsidiaria von andern Klagen; da wo keine andere möglich ist, kann man sie zu Hülfe nehmen. Und wenn sie nun auch an sich statt findet, aber der Geringfügigkeit des Gegenstandes, oder der Personen wegen nicht angestellt werden kann, so tritt die actio in factum an ihre Stelle.

Da wir heutigestags keine contractus stricti iuris haben: so fällt die actio doli in Contracten ganz weg; sie kann aber angestellt werden, wenn mir Jemand ausser einem Contract durch Betrug Schaden zufügt.

(1) Dieß ist wenigstens die richtigere Meynung, wie *Vinn.* sel. quaest. lib. 1. cap. 12. und *Cocceii* iur. controv. tit. de dol. Qu. 2. zeigen, wiewohl viele Juristen,

riſten, beſonders die Italieniſche (ultramontani) vor Zeiten das Gegentheil behauptet haben.

(2) Anderer Meynung ſind *Noodt* in tract. de forma emendandi doli mali, cap. 7. ſqq. und *Boehmer* introd. in ius dig. tit. de dolo malo, §. 5. Allein die Geſetze, beſonders L. 7. pr. D. de dol. ſind zu deutlich. S. *Bachov* ad *Treutler* p. 1. diſp. 28. th. 2. et *Eiusd.* tract. de act. diſp. 6. th. 17. ſq. *Cocceii* iur. controv. tit. de dol. mal. qu. 2. *Fineſtres* ad *Hermogenian.* p. 474. Ein merkwürdiges Exempel eines doli incidentis bey dem Kauf giebt Hermogenian in der L. 49. D. de act. emt. (et vend.) Qui per colluſionem imaginarium colonum, circumveniendi emtoris cauſa, ſuppoſuit, ex emto tenetur, neo defenditur, ſi quo facilius excogitata fraus occultetur, colonum et quinquennii penſiones in fidem ſuam recepit. Ich wollte ein Gut verkaufen. Um es über den wahren Werth anzubringen, verpachtete ich es um ein ſehr hohes Pachtgeld, machte aber mit dem Pachter einen geheimen Nebenvertrag, daß er mir weniger geben ſollte, als im Pachtbrief ſtand. Als mir der Käufer des Guts den Einwurf machte, der Pachter werde das verſprochene, allzuhohe Pachtgeld nicht entrichten können, ſo übernahm ich die Bürgſchaft für dieſen; und nun ließ ſich der Käufer bewegen, den verlangten Preis zu bezahlen. Fineſtres am a. O. hat die Stelle gut erläutert. *Reuter* diſſ. de doli incidentis et cauſam dantis in contractibus effectu, Hal. ſub praeſid. *Nettelbladt* 1744.

(3) L. 9. §. 5. L. 10. pr. D. de dol. mal. Merito *cauſae cognitionem* praetor inſeruit; neque enim paſſim haec actio indulgenda eſt. Nam ecce inprimis, ſi modica ſumma ſit, id eſt *usque ad duos aureos.*

(4) L. 10. §. 1. D. eod. Quibusdam perſonis non dabitur, utpote liberis vel libertis adverſus parentes patronosve; quum ſit famoſa. Sed nec humili adverſus illum, qui dignitate excellit, debet dari; puta plebeio adverſus conſularem, vel luxurioſo atque prodigo, aut alias vili adverſus hominem vitae emendatioris.

(5) L. 1. §. 4. 5. 6. eod. Ait Praetor, *ſi de his rebus alia actio non erit.* Merito Praetor ita demum hanc actionem pollicetur, ſi alia non ſit; quoniam famoſa actio non temere debuit a Praetore decerni, ſi ſit civilis, vel honoraria, qua poſſit experiri. - Uſque adeo, ut et Paedius libr. 8. ſcribat, etiamſi interdictum ſit, quo quis experiri, vel exceptio, qua ſe tueri poſſit, ceſſare hoc edictum. — Idem Pomponius refert, Labeonem exiſtimare, etiamſi quis in integrum reſtitui poſſit, non debere ei hanc actionem competere.

(6) L. 11. in fin. L. 28. eod. Quid ergo in horum perſona dicendum eſt; in factum verbis temperandum actionem dandam, ut bonae fidei mentio fiat.

§. 1109. Von der Minderjährigkeit.

Die dritte Urſache der Reſtitution iſt die Minderjährigkeit. Wenn ein Minderjähriger, er ſey nun mündig oder unmündig; (§. 62.) er ſey pater familias, oder filius familias; in irgend einem Geſchäft lädirt wird: ſo wird er dagegen in integrum reſtituirt, wenn gleich der tutor oder curator eingewilligt, oder den Handel allein, ohne den Minderjährigen geſchloſſen hat, oder

auch der Handel gerichtlich bestätigt worden ist; und zwar gegen den laedentem und dessen Erben. Die Wirkung ist, daß der Minderjährige alles ersetzt bekommt, was ihm durch die Läsion entgangen ist; dagegen auch das, was er vom Gegentheil in Händen hat, herausgeben muß. Z. E. wenn er in einem Hauskauf lädirt worden ist: so bekommt er den Kaufschilling wieder, muß aber auch das Haus zurück geben.

Ich merke hierbey noch an: 1) der Minderjährige, welcher die Wiederherstellung sucht, muß a) seine Minderjährigkeit, und b) die Verletzung beweisen (*[1]). 2) Gegen vorsetzliche Verbrechen wird der Minderjährige nicht restituirt, d. i. seine Minderjährigkeit befreyet ihn nicht von der Strafe (*[2]), doch kann sie, nach Beschaffenheit der Umstände, eine Milderung wirken. 3) Gegen eine letzte Willenserklärung des Minderjährigen ist keine Wiederherstellung nöthig, denn er kann sie, so wie jeder andere, widerrufen, sobald er will. 4) Wenn die Verletzung erst nach geschlossenem Handel durch einen Zufall eintritt, z. E. der Minderjährige kauft ein Haus um billigen Preis, und verliert es nachher durch Feuersbrunst: so bekommt er keine Restitution. Auch wird sie ihm 5) nicht ertheilt, wenn er sich betrüglich für einen Großjährigen ausgegeben (*[3]), oder 6) wenn er sich vom Landesherrn für majorenn hat erklären lassen, *veniam aetatis*, wie es heißt, erhalten hat (*[4]). Von dem Tag an, da er diese erhält, kann er alles ohne Curator thun, was er zuvor nicht anderst, als mit dessen Einwilligung thun konnte, und er wird gegen Handlungen, die er seitdem unternommen hat, nicht restituiret. Will er etwas von seinem Vermögen veräussern, so muß er ein obrigkeitliches Decret auswirken. (§. 421.) In Rücksicht dieses Umstandes wirkt die venia aetatis nichts (*[5]). 7) Gegen seine Eltern kann sich ein Minderjähriger nicht restituiren lassen (*[6]), auch 8) nicht gegen eine geschlossene Ehe (*[7]); 9) wohl aber gegen ein Eheverlöbniß (*[8]). 10) Ferner nicht gegen eine unter gerichtlichem Ansehen ihm geschehene Zahlung (*[9]). Endlich hat auch 11) die Restitution nicht statt, wenn der Minderjährige den Handel mit einem Eid bekräftiget (*[10]), oder 12) denselben, nachdem er großjährig geworden ist, ausdrücklich oder stillschweigends genehmiget hat (*[11]).

(1) L. 9. §. 4. D. de iureiur. L. 9. C. de probat. (IV. 19.) L. 4. 5. C. de in int. restit. minor. (II. 22.)
(2) L. 37. pr. D. de minor. L. 1. C. si adverf. delict. (II. 35.)
(3) Tit. C. si minor. se maior. dix. (II. 43.)
(4) L. 1. et 2. C. de his, qui ven. aetat. impetrav. (II. 45.)
(5) L. 3. C. d. t. *Beyer* them. ex var. iure ex. 10. th. 4. opusc. part. 2. p. 74.
(6) L. 2. C. qui et adverf. quos. (II. 42.)
(7) *Boehmer* I. E. P. lib. 4. tit. 1. §. 79.

(8) Al-

(8) Allein die Verletzung muß auch hier, so wie bey andern Geschäften dargethan werden. *Leyser* sp. 295. med. 8.
(9) *Voet.* tit. de minor. n. 22. *Huber* eod. tit. n. 9.
(10) *Huth* sacram. pub. C. si adverſ. vendit. (II. 28.) Ueber diese Authentike ist ungeheuer viel geschrieben worden. Man s. vorzüglich *Calderas* de error. pragmat. lib. 2. cap. 2. 3. in *Meermann.* thesaur. tom. 3. p. 566. sqq. *Stryck* us. mod. tit. de minor. §. 15. sqq. Quistorp Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien, 2. Stück, 124. S.

§. 1010. Von der Restitution aus der allgemeinen Clausel.

Vermöge der allgemeinen Clausel werden alle die restituirt, welche ohne ihre Schuld lädirt worden sind. Dahin gehören 1) die, welche durch ihre oder ihres Gegners Abwesenheit Schaden gelitten haben. Wir haben oben §. 407. ein Exempel gehabt. Wenn während meiner Abwesenheit Jemand etwas von meinen Sachen usucapirt, so restituirt mich der Prätor gegen diese Usucapion, und giebt mir zu dem Ende die actionem rescissoriam. 2) Wenn ich durch die Schuld meines Bevollmächtigten oder Advocaten Schaden leide, z. E. wenn er den Beweißtermin verstreichen läßt, und ich darüber den Proceß verliere. 3) Wenn Jemand aus Irrthum oder Unwissenheit eines *facti* oder Gesetzes in Schaden kommt, und der Irrthum Entschuldigung verdient. Z. E. wenn ein Bauer aus Unwissenheit eines Römischen Gesetzes Schaden leidet; wenn ein Gläubiger von der Edictalcitation nichts erfahren, und sich daher im Concurs nicht gemeldet hat. Dies wird im Titel der Pandecten de iuris et facti ignorantia weiter ausgeführt. 4) Wenn man durch einen unvermutheten Zufall oder Krankheit verhindert worden ist, etwas zu thun, und dadurch Schaden leidet; z. E. wenn ein unvermutheter Todtesfall in meiner Familie, oder eine Krankheit mich abhält, in einem Gerichtstermin zu erscheinen, und der Richter mich deswegen präcludirt. Nur muß die Krankheit, wegen der man Restitution suchen will, *morbus fonticus*, das heißt, so beschaffen seyn, daß sie einen in seinen Geschäften hindert. Noch eine Einschränkung dieser Restitution ist zu bemerken: der Prätor ertheilt sie nicht, wenn ein Prohibitivgesetz im Weg steht; z. E. gegen die Präscription von 30 oder 40 Jahren giebt der Prätor keine Restitution, weil dies in der L. 3. et 4. C. de praescript. 30 vel 40 annor. verboten ist.

Billig muß ich noch etwas von einer Tilgungsart der Verbindlichkeiten sagen, die wichtig ist, und doch gewöhnlich in den Compendien und Systemen des Privatrechtes übergangen wird. Dies ist die **Veränderung der Umstände.** Wenn nemlich ein Vertrag ausdrücklich oder stillschweigends auf die damals obwaltende Umstände eingeschränkt war, d. i. die Paciscenten explicite oder implicite erklärt haben, daß sie um dieser Umstände willen paciscirten,

und

und ausserdem gar nicht, oder nicht so den Vertrag geschlossen haben würden, die Umstände aber gleichwohl sich ändern, so verliert der Vertrag seine Giltigkeit. Darum allein, daß einer oder der andere nicht würde paciscirt haben, wenn er die nach dem Vertrag geschehene Veränderung der Umstände vorausgesehen hätte, läßt sich nicht behaupten, daß der Vertrag ungiltig werde, wo nicht die Gesetze dies in einem gewissen Fall ausdrücklich verordnen (* 1).

(1) Diese Sätze hatte ich seit langer Zeit in meinen Vorlesungen, und nachher in einem bey dem hiesigen Oberappellationsgericht vorgekommenen Rechtsfalle vertheidigt, als ich zu meindr Freude fand, daß auch Herr Prof. Weber in s. Abh. über die Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, 3. Abth. S. 45. u. f. f. mit mir gleicher Meynung ist. Ich setze seine Worte als die beste Erläuterung des Gesagten hieher. „Man hat bekanntlich die Regel: alle Verträge enthalten stillschweigend die Clausel: rebus sic stantibus. Diese Regel ist aber, so wie die meisten Sprüchelchen der Art, häufig gemißdeutet und sehr übel angewendet worden. So oft, sagt man, sich solche Umstände zutragen, die einen Contrahenten, wenn er sie voraus gewußt, oder hätte wissen können, von Schliessung des Vertrags gänzlich würden zurückgehalten haben: so ist er nach gedachter Regel berechtiget, von dem einmal getroffenen Contract wieder abzugehen. Wenn dem wirklich so wäre: so würde dadurch Gelegenheit gegeben werden, alle Verträge anzufechten, und sich Niemand weiter auf ein Versprechen verlassen können; so müßte ich auch befugt seyn, ein heute gekauftes Buch morgen zurück zu geben, und mein Geld wieder zu fordern, wenn mir ein Freund immittelst ein Geschenk damit gemacht hätte: denn hätte ich dies voraus gewußt, so würde ich jenes Buch nie gekauft haben. Die bürgerlichen Gesetze haben freylich dergleichen in einigen besondern Fällen verordnet; aber es ist eine Unart der Ausleger, wenn sie dasjenige, was solchen einzelnen Vorschriften zum Grund dient, sogleich in allgemeine Regeln umschaffen, und diese als Folgerungen aus der Natur der Sache durchgängig anwenden. Eigentlich wird dazu, um von der Clausel rebus sic stantibus als einer allgemeinen Regel Gebrauch zu machen, erfordert, daß die entstandene Veränderung einen Umstand betreffe, welchen entweder die Natur des Vertrags, oder ausdrückliche Verabredung der Partheyen dergestalt wesentlich erfordert, daß ohne ihn der Vertrag wegfällt. Alle übrige besondere Verhältnisse eines oder des andern Contrahenten kommen hier gar nicht in Betrachtung; z. B. wenn das Mädchen, mit dem sich jemand des Geldes wegen, jedoch ohne dies zur Bedingung zu machen, verlobt hat, in der Folge arm wird, so berechtiget ihn dieses nicht, von der Verlobung zurück zu treten. Wir wollen es ihm ohne Betheurung gerne glauben, daß er in Voraussehung dieser Veränderung gar nicht würde contrahirt haben, aber er hätte seine Intention, sich vorzüglich mit dem Vermögen der Braut bereichern zu wollen, ausdrücklich erklären sollen. Von selbst versteht sich das nicht. Ein anders ist es nun freylich, wenn die bürgerlichen Gesetze in gewissen Fällen wegen solcher Veränderungen nach einseitigen Verhältnissen, die das Naturrecht an sich zur Aufhebung eines Contractes nicht als hinreichend erkennt, dem Einen Theil auch wider Willen des Andern die Zurücktretung erlauben. Denn sollte man diese Fälle aber auch blos als besondere Anordnungen des Civilrechts,

und

und eigentlich als Ausnahmen von der Regel, nicht aber als Folgerungen des allgemeinen Grundsatzes, oder der sogenannten Clausel, rebus sic stantibus, behandeln. So z. B. darf 1) eine Schenkung wieder zurückgefordert werden, wenn der Schenker nach derselben allererst eheliche Kinder bekommen; ingleichen 2) wenn der Beschenkte sich einer groben Undankbarkeit schuldig gemacht hat. 3) Der Miethsmann ist schuldig, das gemiethete Haus zu räumen, wenn der Vermiether entweder wegen unvorhergesehener Fälle selbst des Hauses benöthiget wird, oder eine Reparatur darinn unternehmen muß, wobey jener nicht füglich in der gemietheten Sache verbleiben kann. Nach dem Naturrecht dürfte in diesen Verhältnissen noch nicht sofort eine völlige Aufhebung des Contracts von Seiten des Vermiethers verlangt werden können."

LIB. IV. TIT. I.

DE OBLIGATIONIBUS QUAE EX DELICTO NASCUNTUR.

§. 1011. Uebergang zu dieser Lehre.

Alle Verbindlichkeiten entstehen entweder unmittelbar aus dem Gesetz, oder aus einem obligatorischen Factum. Das Factum ist entweder erlaubt, oder unerlaubt. Jenes heißt *conventio*, dieses *delictum*. Nun haben wir bisher die Verbindlichkeiten kennen gelernt, die aus Conventionen entstehen. In diesem und den folgenden Titeln, Tit. 1. 2. 3. 4. 5. kommen die Obligationen vor, die aus Verbrechen entspringen.

§. 1012. Was ist ein Verbrechen?

Ein *delictum*, Vergehen, Verbrechen, Exceß ist die freye Uebertretung eines menschlichen Pönalgesetzes. Also 1) die Uebertretung eines Gesetzes; 2) die freye Uebertretung. Wenn ein Schütze in der Schießstätte steht, und einen, der ihm in den Schuß lauft, todtschießt: so begeht er kein Verbrechen, weil seine Handlung nicht frey ist. Auch kleine Kinder und Blödsinnige können aus diesem Grund kein Verbrechen begehen. 3) Eines menschlichen Gesetzes. Die Uebertretung eines göttlichen Gesetzes heißt nicht Verbrechen, sondern Sünde. 4) Eines Pönalgesetzes, das heißt eines solchen, auf dessen Uebertretung eine Strafe gesetzt ist. Wer z. E. ein Testament ohne die erforderliche Feyerlichkeiten macht, begeht kein Verbrechen. Denn die Gesetze haben keine Strafe darauf gesetzt. Die Verbrechen sind in Ansehung ihres Gegenstandes dreyerley; sie werden vom Delinquenten entweder gegen Gott, oder gegen sich selbst, oder gegen andere Menschen begangen. In jedem Verbrechen liegt etwas unerlaubtes, gesetzwidriges. Diese Gesetzwidrigkeit der Handlung heißt *reatus*. Wenn aber ein Ver-

brechen gegen andere Menschen begangen wird: so kommt auch noch dessen Schädlichkeit für diese andere Menschen in Betrachtung. Wegen des reatus wird das Verbrechen mit einer Strafe belegt; weil es andern schädlich ist, muß der Delinquent den Schaden ersetzen. Zur Strafe kann Niemand als der Delinquent selbst, nicht sein Erbe verurtheilt werden. Denn Strafen dienen dazu, einen für die Zukunft vom Verbrechen abzuhalten, oder ihm die Begehung desselben unmöglich zu machen. Folglich wäre es ganz unvernünftig und zwecklos, wenn man den Erben strafen wollte. Hingegen die Schadensersetzung wird aus dem Vermögen des Delinquenten genommen; daher kann sie auch vom Erben gefordert werden, welcher das Vermögen erhalten hat (* 1).

(1) Wenn indessen der Erblasser schon aus einem Privatdelict belangt, und lis contestirt worden ist: so muß der Erbe für die Geldstrafe haften. Ist aber die Rede von einem öffentlichen Verbrechen: so ist der Erbe nur alsdann schuldig, die Geldstrafe zu bezahlen, wenn der Erblasser bey seinen Lebzeiten dazu condemnirt worden ist. *Io. Christoph Koch* instit. iur. crim. §. 80.

§. 1013. Die Verbrechen sind entweder vera oder quasidelicta.

Wenn ein Verbrechen mit Vorsatz begangen wird: so heißt es *verum delictum*; begeht es aber Jemand nur aus Nachlässigkeit: so heißt es *quasidelictum*. Dies ist wenigstens die gemeine Meynung, die aber nicht ohne Schwierigkeiten ist. Ein und dasselbe Verbrechen ist daher bald verum, bald quasidelictum. Z. E. wenn ich einen vorsetzlich todtschlage: so ist der Todtschlag ein wahres Verbrechen. Werfe ich aber etwas vom Dach, und treffe ungefähr einen Vorbeygehenden, daß er stirbt: so ist es quasidelictum. Wenn also die Römische Juristen ein Verzeichniß von veris delictis geben: so muß man nicht glauben, als ob diese Verbrechen sämmtlich allezeit vera seyen; und eben so wenig sind alle delicta, welche sie für quasidelicta ausgeben, immer von dieser Art. Z. E. damnum iniuria datum (§. 1045.) wird in den Gesetzen unter die vera delicta, und delictum iudicis litem suam facientis (§. 1077.) unter die quasidelicta gerechnet. Gleichwohl kann man ein damnum iniuria datum aus Nachlässigkeit begehen, und ein Richter kann ein ungerechtes Urtheil vorsetzlich sprechen. Die Römer rechnen also jenes Verbrechen unter die vera, dieses unter die quasidelicta, weil jenes meistens verum, dieses meistens quasidelictum ist. Indessen giebt es freylich auch Verbrechen, die allezeit vera delicta sind, z. E. Diebstahl, Raub, Injurien, und andere, welche allezeit quasi talia sind, z. E. die im §. 1078. 1081. und 1085. angeführte.

§. 1014.

§. 1014. Entweder öffentliche oder Privatverbrechen.

Ein öffentliches Verbrechen heißt das, wobey die Gesetze hauptsächlich auf die dem Staat zugefügte Beleidigung Rücksicht nehmen, und das sie deswegen mit einer öffentlichen Strafe belegen; Privatverbrechen aber ist das, bey dem der Gesetzgeber sein Augenmerk hauptsächlich auf die Beleidigung richtet, welche einem andern Bürger zugefügt wird, und wo sie diesem das Recht geben, auf eine Privatstrafe, das heißt, auf eine Geldstrafe, die der Beschädigte erhält, zu klagen. Durch jedes Verbrechen wird der Staat beleidigt; und so oft ich ein Verbrechen gegen andere Menschen begehe, werden auch diese beleidigt. Allein in einigen Verbrechen sehen die Römischen Gesetzgeber die einer Privatperson zugefügte Beleidigung als die Hauptsache an; z. E. bey dem Diebstahl, dem Raub, dem damno iniuria data, den Injurien. Daher werden diese Verbrechen unter die privata gerechnet, und der Beleidigte hat das Recht auf eine Privatstrafe zu klagen; z. E. der Bestohlne kann vom Dieb nicht nur die gestohlne Sache, sondern auch noch den doppelten, zuweilen den vierfachen Werth verlangen. Hingegen bey denen im 18. Titel dieses Buchs angeführten Verbrechen, Mord, Ehebruch u. s. w. wird die Beleidigung der Republik, als die Hauptsache angesehen, und deswegen heissen diese Verbrechen delicta publica. In Deutschland sind alle Verbrechen, wenigstens alle vera delicta, öffentliche; denn sie werden alle mit einer öffentlichen Strafe belegt, und von Privatstrafen wissen wir nichts.

§. 1015. Entweder ordentliche oder ausserordentliche.

Wenn ein Gesetz vorhanden ist, das die Handlung für ein Verbrechen erklärt, und eine Strafe darauf setzt: so ist es ein delictum *ordinarium*. Wo aber dieß nicht ist, und eine Handlung, die bisher nicht bestraft wurde, wegen ihres schädlichen Einflusses im Staat mit einer Strafe belegt wird; oder auf ein Privatverbrechen ausserordentlicher Weise eine öffentliche Strafe erfolgt, da ist ein *delictum extraordinarium* (* 1).

(1) *Koch* instit. iur. Crim. §. 17.

§. 1016. Klagen aus dem Verbrechen.

Ein Delinquent ist a) schuldig Strafe zu leiden, b) den Schaden zu ersetzen, den er einem andern Menschen zugefügt hat. Daher entstehen zweyerley Klagen aus dem Verbrechen. Wenn man auf Ersetzung des Schadens klagt: so heißt es *actio rei persecutoria*. Dahin gehört condictio furtiva, wenn der Bestohlne auf die Wiedererstattung der Sache klagt, actio rerum amotarum, wenn ein Ehegatte die ihm vom andern Ehegatten entwendete Sache fordert. Klagt man auf eine Strafe, so heißt die Klage *actio*

poenalis, dergleichen ist actio furti, durch welche der Bestohlne den doppelten oder vierfachen Werth einklagt. Endlich wenn man eine Summe Geld verlangt, die zugleich Ersatz für den erlittenen Schaden, und zugleich eine Strafe ist: so heißt es *actio rei et poenae persecutoria.* Exempel davon sind a) actio vi bonorum raptorum. Wenn ich den Räuber auf den vierfachen Werth der geraubten Sache belange, und diesen erhalte, so kann ich nicht noch ausserdem die Sache selbst wieder fordern. b) Actio ex L. Aquilia. Nemlich wenn ich einen aus diesem Gesetz belange, er das Vergehen läugnet, und ich ihn überweise, so muß er nach Römischem Recht das Doppelte bezahlen. In diesem doppelten Werth steckt die Entschädigung, und zugleich die Strafe. Noch eine besondere Art von Klagen ist zu bemerken: *actiones quae vindictam spirant*, oder *ad meram vindictam tendunt.* Man versteht darunter Klagen, die sich auf eine Beschimpfung, auf eine solche Beleidigung gründen, wodurch dem Kläger nichts von seinem Vermögen entzogen worden ist. Dahin gehören a) die Injurienklagen; b) die actio revocatoria gegen den undankbaren Donatarius; (§. 415.) c) die querela inofficiosi. Denn die Enterbung ist eine Beschimpfung, und die Erbschaft gehörte noch nicht zum Vermögen des Enterbten, ja er hatte nach den alten Römischen Gesetzen gar kein Recht darauf. d) Die actio in factum contra eum, qui sine venia in ius vocavit. Nemlich in den alten Zeiten Roms wurde der Beklagte nicht durch Gerichtsdiener vorgeladen, sondern der Kläger holte ihn selbst. Wollte man aber eine Person vorfordern, der man Ehrerbietung schuldig war; seine Eltern, oder seine Patronen: so mußte man dazu erst um Erlaubniß bey dem Prätor bitten. Wer das nicht that, konnte auf eine Strafe von 50 aureis belangt werden. (§. 535.) e) Actio de calumniatoribus, in dem Fall, wenn ich selbst nichts weggegeben habe. (§. 1116. Num. 6. b. und c.)

§. 1017. Natur der Verbrechen aus Klagen.

Von diesen Klagen ist zu bemerken, 1) daß eine die andere nicht aufhebe; denn sie haben verschiedene Entzwecke. Das heißt, ich kann actionem rei persecutoriam, und dabey auch poenalem anstellen. 2) Die rei persecutoriae können von den Erben und gegen den Erben angestellt werden. Das heißt, wenn ich Schaden durch ein Verbrechen leide, so kann ich nicht nur den Ersatz fordern, sondern auch meine Erben (actio datur heredibus); ich kann nicht nur gegen den Delinquenten selbst, sondern auch gegen seine Erben klagen (actio datur contra heredes). 3) Die actiones poenae persecutoriae können von den Erben, (dessen nemlich, der durch das Verbrechen Schaden gelitten hat), aber nicht gegen die Erben (des Delinquenten nemlich), angestellt werden, *nisi lite cum defuncto contestata.* Das heißt, wenn ich den

Delin-

Delinquenten noch bey seinem Leben belangt habe, es auch bis zur Litiscontestation gekommen ist, und er nachher stirbt: so kann ich den Proceß gegen die Erben fortsetzen. (§. 987.) 4) Die Klagen, von denen die Römische Juristen sagen, vindictam spirant, (§. 1016.) können weder von den Erben des Beleidigten, noch gegen die Erben des Delinquenten angestellt werden, ausser wenn der Proceß schon bey Lebzeiten der Hauptpersonen angegangen ist, und nach der Litiscontestation einer oder der andere stirbt. Denn auch hier kann der Proceß von den Erben und gegen die Erben continuirt werden. 5) Mehrere Delinquenten müssen in solidum haften; jeder muß den zugefügten Schaden ganz ersetzen. Z. E. wenn mir drey Personen die Fenster einwerfen, und ich nur einen davon erkannt habe: so muß mir dieser den ganzen Schaden allein ersetzen. Hat er dieß gethan, so sind die andern frey.

§. 1018. Vom ersten Privatverbrechen, dem Diebstahl.

Wir wollen die Privatverbrechen der Reihe nach durchgehen, und zuerst den Diebstahl betrachten. Ich werde aber diese Materien nur kurz vortragen, weil die weitere Ausführung in einer eigenen Wissenschaft, dem peinlichen Rechte vorkommt.

§. 1019. Was ist der Diebstahl?

Der Diebstahl ist das Verbrechen, wenn eine fremde Sache in der Absicht etwas zu gewinnen, gegen den Willen des Eigenthümers, heimlich entwendet wird. Also der Diebstahl setzt a) eine fremde Sache voraus, b) daß ich diese Sache entwende. Wenn ich die Sache nicht im Besitz habe, und sie dem andern nehme, so begehe ich ohne Zweifel einen Diebstahl. Wie aber, wenn ich die Sache in rechtmäßigem Besitz, z. E. in deposito habe, und unterschlage? Auch dies ist nach Römischem Recht ein Diebstahl (*[1]). Allein in Deutschland wird es nicht als ein solcher angesehen, noch so bestraft (*[2]). Man ahndet dergleichen Untreue nach Beschaffenheit der Umstände mit Landesverweisung, Gefängniß, Geldbuße u. dergl. c) Daß ich die Absicht habe, etwas zu profitiren. Wer in einem fremden Garten, ohne Erlaubniß des Eigenthümers, Obst abbricht, nicht um etwas zu gewinnen, sondern weil er Hunger hat, und Niemand zugegen war, von dem er dergleichen kaufen konnte, begeht keinen Diebstahl. d) Daß der Eigenthümer nicht einwilligt; und e) die Entwendung heimlich geschieht, das heißt so, daß ich, der Eigenthümer nichts davon weiß, oder der Dieb wenigstens glaube, ich wisse es nicht, weil ich mich z. E. versteckt habe, und sehe, ohne mich sehen zu lassen.

(1) L. 22. §. 7. D. mandat. L. 52. §. 16. D. de furt. L. 7. C. eod. (VI. 2.)
(2) Strube rechtl. Bed. 2. Band, 94. Bed.

§. 1020. Folgen aus dieser Definition.

Der Diebstahl wird on einer fremden Sache begangen. Also 1) meine eigene Sache kann ich der Regel nach nicht stehlen. Ich sage, der Regel nach; denn wenn Jemand meine Sache rechtmäßig besitzt, und ich sie ihm entwende: so begehe ich einen Diebstahl, welcher furtum possessionis heißt. 2) Auch an einer herrenlosen Sache (*re nullius*) kann kein Diebstahl begangen werden. Daher nennen es die Römer nicht einmal Diebstahl, wenn Jemand aus einer noch nicht angetretenen Erbschaft (hereditate iacente) etwas entwendet, wiewohl es ein Verbrechen ist, welches crimen expilatae hereditatis heißt.

§. 1021. Fortsetzung.

Auch 3) Ehegatten können während der Ehe keinen Diebstahl gegen einander begehen. Denn sie leben in einer Gütergemeinschaft, wo nicht des Eigenthums, doch des Gebrauchs; und die Römischen Gesetzgeber glaubten, es sey unschicklich, wenn ein Ehegatte das harte Wort Diebstahl gegen den andern brauchen wollte. Sie nennten also die Sache höflicher *amotio rerum*. Wenn daher ein Ehegatte dem andern etwas entwendete, welches nicht selten geschah, wenn die Ehegatten mit den Gedanken umgiengen, sich zu trennen, so hatte nicht *actio furti*, sondern *rerum amotarum* statt. Wenn mir meine Concubine etwas wegnahm, oder gewesene Ehegatten nach der Ehescheidung einander etwas entwendeten, so war es ein wahrer Diebstahl.

§. 1022. Gattungen des Diebstahls.

Der Diebstahl ist entweder *furtum rei*, oder *usus*, oder *possessionis*. Rei, wenn ich die Sache selbst, die nicht mein gehört, entwende; usus, wenn ich eine fremde Sache contractswidrig gebrauche; possessionis, wenn ich meine eigne Sache dem andern aus seinem rechtmäßigen Besitz nehme.

§. 1023. Vom furto rei.

Furtum rei also begeht einer, der 1) bewegliche Sachen entwendet, sie mögen lebendig oder leblos seyn, von großem oder geringem Werth. Bey unbeweglichen Sachen fällt der Diebstahl weg. Auch 2) an einem *filio* und einer *filia familias* konnte ich einen Diebstahl begehen; wenn ich sie dem Vater entwendete. Dergleichen 3) an Sklaven und Sklavinnen, nur muß dies in der Absicht, etwas zu gewinnen, geschehen. Wenn also einer eine schöne Sklavin hat, die ich ihm gern um einen billigen Preis abkaufte; um sie als Concubine zu haben; die ihm aber nicht feil ist, und die ich deswegen entwende: so ist es kein Diebstahl. 4) An Menschen, welche frey und *sui iuris* sind, desgleichen an entflohenen Sklaven wird kein Diebstahl begangen.

gen. Wer sie wegnimmt, und wider ihren Willen, oder den Willen des Herrn bey sich behält, begeht ein Verbrechen, das *plagium* heißt.

§. 1024. Vom furto usus.

Furtum usus begeht derjenige, a) welcher eine Sache vom Eigenthümer zum Besitz, aber nicht zum Gebrauch erhalten hat, und sie dennoch gebraucht, z. E. der depositarius, welcher die deponirte Sache, der Pfandgläubiger, welcher das Pfand gebraucht. b) Wer eine Sache anders, oder längere Zeit gebraucht, als ihm der Eigenthümer erlaubt, z. E. wer das Pferd, das ihm zum Reiten geliehen ist, in den Wagen spannt. Indessen wird doch vorausgesetzt, daß einer *doloſe* diesen unerlaubten Gebrauch unternimmt. Wenn ich also z. E. das Pferd auf acht Tage geliehen habe, und durch Krankheit verhindert werde, zur gesetzten Zeit zurück zu kommen, oder wahrscheinliche Gründe gehabt habe, zu glauben, daß mir der Eigenthümer es länger lassen werde: so begehe ich kein furtum usus (*1). Das elegans rigidioris romanorum disciplinae exemplum besteht darinn, daß sie einen als furem usus verurtheilten, der ein Pferd bis nach Aricia geliehen hatte, und damit auf einen Hügel jenseits der Stadt geritten war. Die Strafe dieses furti war die doppelte Ersetzung des Schadens.

(1) L. 54. §. 1. D. de furt. L. 76. pr. D. commod. *Lauterbach* coll. th. pr. tit. commod. §. 10.

§. 1025. Vom furto poſſeſſionis.

Das furtum poſſeſſionis begeht einer, welcher eine Sache verpfändet hat, und sie dem Gläubiger aus seiner Verwahrung entwendet. Auch diese Art von Diebstahl wurde bey den Römern mit der Strafe des doppelten Ersatzes belegt; dergestalt nemlich, daß der Eigenthümer dem Pfandgläubiger den erlittenen Schaden doppelt ersetzen mußte.

§. 1026. 1027. 1028. Das furtum ist entweder manifeſtum oder nec manifeſtum.

Wenn der Dieb auf der That ergriffen wird: so heißt der Diebstahl *furtum manifeſtum*; ausserdem *nec manifeſtum*. Auf der That aber ist er alsdenn ertappt, wenn er gesehen, oder angerufen, oder angehalten wird, ehe er die gestohlene Sache dahin bringt, wohin er sie bringen wollte. Also nicht nur alsdenn ist es furtum manifeſtum, wenn der Dieb in der Handlung des Stehlens entdeckt wird; sondern auch, wenn dies geschieht, indem er schon die Sache wegträgt; nur muß er sie noch nicht an den Ort gebracht haben, wo er sie zu lassen willens war. Denn wenn er dort erst ergriffen wird: so ist es kein furtum manifeſtum.

§. 1029.

§. 1029. Klagen gegen den Dieb.

Aus dem Diebstahl wird entweder *civiliter* geklagt, oder *criminaliter* auf eine öffentliche Strafe. Klagt man civiliter, so verlangt man entweder den Ersatz des Schadens, oder eine Geldstrafe.

§. 1030. Von der condictione furtiva.

Wenn man auf Entschädigung klagt: so heißt die Klage *condictio furtiva.* Sie wird angestellt vom Eigenthümer und deren Erben, auch vom bonae fidei Besitzer, und vom Vormund Namens des Pupillen, gegen den Dieb, er mag besitzen, oder dolo aufgehört haben zu besitzen, (§. 281.) und dessen Erben, daß er die gestohlene Sache, oder deren Werth und alles Interesse erstatte.

Ungewöhnlich ist es, wie die Anmerkung sagt, daß der Eigenthümer seine Sache mittelst einer Personalklage fordert. Die *condictio furtiva* ist nemlich eine Personalklage, und der Eigenthümer fordert sonst seine Sache durch eine Realklage, die Reivindication. Der Grund dieser besondern Verordnung liegt, wie der Autor glaubt, in dem Haß der Gesetzgeber gegen die Diebe. Will übrigens der Bestohlne die Reivindication anstellen: so kann er es thun. Aber er wird so unklug nicht seyn; denn bey dieser Klage muß er sein Eigenthum beweisen, welcher Beweis schwer ist. (§. 345.)

§. 1031. Von der actione furti.

Diese stellt an a) der Eigenthümer; b) ein jeder anderer, dem daran gelegen ist, daß die Sache nicht gestohlen sey, z. E. der Pfandgläubiger, wenn ihm das Pfand gestohlen wird; der bonae fidei Besitzer; c) jeder, der für die Sache stehen muß; z. E. der Schneider, der Tuch zu einem Kleide von mir in Händen hat, wofern er im Stand ist, den Werth der Sache dem Eigenthümer zu bezahlen. Denn kann er dies nicht: so ist ihm nichts daran gelegen, ob die Sache gestohlen wird, oder nicht. Sie geht gegen den Dieb, und gegen alle, die ihn aufgenommen, versteckt, ihm zum Diebstahl Anschläge gegeben, oder dabey geholfen haben. Das Gesuch bey einem ertappten Dieb (fure manifesto) ist, daß er den vierfachen Werth der Sache bezahle: bey einem nicht ertappten (fure nec manifesto), daß er ihn doppelt ersetze. Die Ursache, warum der letzte gelinder gestraft wird, als der erste, liegt wohl darinn, weil ein ertappter Dieb sich gewöhnlich zur Wehre stellt, folglich gefährlicher ist, als ein anderer.

§. 1032. Verhältniß dieser Klagen gegen einander.

Actiones rei persecutoriae und poenales können zusammen angestellt werden; sie stehen in keiner Collision. (§. 1017.) Daher kann man gegen einen

Dieb

Dieb zuerst actionem furti anstellen, und wenn man das duplum erhalten hat, doch noch die Sache selbst mittelst der condictionis furtivae oder rei vindicationis verlangen.

§. 1033. Von der peinlichen Bestrafung des Diebstahls.

Zuweilen wurde der Diebstahl bey den Römern auch mit einer öffentlichen Strafe belegt, das heißt, mit einer Geldstrafe, die der Fiscus bekam; oder mit einer Leibesstrafe, z. E. Abhauung der Hand; oder mit der Lebensstrafe. Justinian aber hat verboten, einen Dieb am Leben zu strafen, auch verboten ihn eines Gliedes zu berauben. Er will, daß die Diebe nur mit der Strafe der Landesverweisung, oder mit einer Geldstrafe belegt werden sollen.

§. 1034. Von dem heutigen Gebrauch dieser Lehre.

Heutigestags fällt die Privatstrafe bey dem furto usus und possessionis weg. Man klagt nur auf die einfache Ersetzung des Schadens, den man durch diese Art von Diebstählen erlitten hat. Auch werden sie mit keiner öffentlichen Strafe belegt (* 1). Ueberhaupt cessiren alle actiones in duplum, triplum und quadruplum. Wenn ein Dieb eine Geldstrafe bezahlt: so bekommt sie allezeit der Fiscus; nie der, gegen den das Verbrechen begangen worden ist. Anstatt aber, daß bey den Römern der Diebstahl nur zuweilen mit einer öffentlichen Strafe belegt wurde, und daher ein delictum privatum heißt: so wird heutigestags allezeit eine solche Strafe darauf dictirt.

(1) *Lauterbach* coll. th. pr. tit. commod. §. 10. ibique cit. Indessen muß doch der fur usus so wie ein anderer Dieb, den casum prästiren. *Hommel* rhapf. Obf. 268. p. 348. sqq. *Schott* diff. de furto usus, §. 19.

§. 1035. Heutige Strafe.

Die Strafe nemlich ist zuweilen Pranger, zuweilen Gefängniß, Landesverweisung, Leibes- oder Lebensstrafe. Die Lebensstrafe ist nach der Vorschrift der Halsgerichtsordnung Carls des V. bey Mannspersonen das Hängen, bey Weibspersonen das Ertränken. Allein die letztere wird selten exequirt, und fast immer eine andere an ihre Stelle gesetzt.

§. 1036. Weitere Ausführung.

Nemlich 1) der Diebstahl ist entweder ein gefährlicher oder nicht, *qualificatum* oder *simplex*. Furtum qualificatum, ein gefährlicher heißt, wenn der Dieb einsteigt, oder einbricht, oder mit gefährlichem Gewehr eingeht; simplex, wenn es auf keine dieser Arten geschieht. 2) Entweder der erste, oder zweyte, oder dritte; 3) entweder ein kleiner oder ein grosser. Groß heißt er, wenn der Werth der gestohlnen Sache fünf Gülden, das heist nach der

Usualerklärung fünf Ducaten, oder mehr beträgt; klein, wenn es nicht so viel ausmacht. Der gefährliche soll mit dem Strang oder mit dem Ertränken (bey Weibspersonen), oder nach Gelegenheit der Person und Ermessen des Richters mit einer schwehren Leibesstrafe bestraft werden. Auf den nicht gefährlichen dritten Diebstahl ist die Lebensstrafe gesetzt, weil man einen solchen Dieb für unverbesserlich hält. Ist er aber ein erster oder zweyter, so muß man sehen, ob er groß oder klein ist. Der große soll mit dem Strang oder einer Leibesstrafe bestraft werden. Wenn aber Jemand zum ersten oder zum zweytenmal einen kleinen Diebstahl begeht: so wird er nach dem Ermessen des Richters mit Gefängniß, Landesverweisung oder Staupenschlag bestraft.

TIT. II.

DE VI BONORUM RAPTORUM.

§. 1037. Erklärung des Raubes.

Der Raub ist eine gewaltsame Entwendung einer fremden beweglichen Sache, in der Absicht etwas zu gewinnen, sich zu bereichern (animo lucri faciendi). Also a) die Entwendung einer Sache, und zwar b) einer fremden und c) beweglichen Sache. d) Die Entwendung geschieht gewaltsam; e) in der Absicht, sich zu bereichern.

§. 1038. Vergleichung des Raubes und Diebstahls.

Raub und Diebstahl kommen also darinn überein, daß beyde, der Dieb und der Räuber, eine fremde bewegliche Sache in der Absicht, sich zu bereichern, entwenden. Aber darinn sind sie verschieden, der Dieb nimmt die Sache heimlich, so daß es der Eigenthümer nicht weiß; oder der Dieb wenigstens glaubt, derselbe wisse es nicht. Hingegen der Räuber nimmt öffentlich; läßt den Beraubten zusehen, und braucht Gewalt.

§. 1039. Raub hat nur bey beweglichen Dingen statt.

1) Der Raub setzt eine bewegliche Sache voraus. Wenn also Jemand sich mit Gewalt in den Besitz einer unbeweglichen Sache setzt; z. E. mich mit Gewalt aus dem Hause wirft: so ist er kein Räuber, man kann aber gegen ihn aus dem interdicto unde vi, oder aus der L. Iulia de vi publica vel privata klagen.

§. 1040. Und bey Sachen, die einer nicht für sein eigen hält.

2) Wo ein wahrer Raub vorhanden seyn soll, da muß der Räuber geglaubt haben, daß die Sache nicht sein sey. Wenn ich einem eine Sache, die

die ich für die meinige halte, wegnehme: so bin ich kein Räuber. Z. E. ich verkaufe einem eine Sache auf Credit; weil er den Zahlungstermin nicht einhält, nehme ich ihm die Sache gegen seinen Willen weg. Dies ist kein Raub, aber doch eine unerlaubte Handlung. Denn im Staate sind Obrigkeiten, deren Hülfe man suchen muß, wenn man Unrecht zu leiden glaubt. Niemand darf sich selbst Recht schaffen, kurz: die Selbsthülfe ist verboten. Das *decretum D. Marci*, das in der L. 7. C. unde vi (VIII. 4). enthalten ist, setzt folgende Strafe auf die Selbsthülfe: Wenn ich a) eine Personalforderung gegen einen habe, und ihm deswegen etwas von seinen Sachen gewaltsam wegnehme (si debiti causa res debitoris invado): so muß ich die Sache restituiren, und verliere zugleich die Personalfoderung. b) Nehme ich meine eigene Sache, die mir z. E. gestohlen war, und die ich bey einem ungefehr antreffe, mit Gewalt weg, so muß ich die Sache zurück geben, und verliere das Eigenthum. Endlich c) wenn ich eine Sache gewaltsam occupire, welche ich irrig für die meinige hielt, so bin ich schuldig, sie wieder herauszugeben, und noch dazu den Werth zu bezahlen (*[1]). Diesen Werth bekommt der Beleidigte nicht, der Fiscus.

(1) Wenn ich mit Jemand den Vertrag mache, daß wofern er seine Schuldigkeit nicht erfüllen werde, ich befugt seyn solle, mir eigenmächtig Hülfe zu verschaffen: so bin ich zwar zur Selbsthülfe berechtigt; sobald indessen der andere sich mir widersetzt, muß ich davon abstehen, und richterlichen Beystand suchen. Strube rechtl. Bed. 2. Band 32. Bed.

§. 1041. Auf den Werth der Sache kommt nichts an.

3) Die Strafbarkeit des Raubes liegt hauptsächlich in der Stöhrung der öffentlichen Sicherheit. Daher kommt bey Bestimmung der Strafe nichts auf den Werth der geraubten Sache an; sie mag viel oder wenig werth seyn, die Strafe ist einerley. Denn die öffentliche Sicherheit wird eben so sehr gestöhrt, wenn ich einem einen Pfennig, als wenn ich ihm 1000 Rthlr. raube.

§. 1042. Klagen gegen den Räuber.

Gegen den Räuber kann man *actionem furti*, und zwar *manifesti* auf das quadruplum (*[1]) anstellen, weil er ein Dieb im allgemeinen Sinne des Worts ist. Allein der Prätor giebt auch eine Klage gegen ihn, die *actionem vi bonorum raptorum*. Sie wird vom Eigenthümer oder auch von einem angestellt, der durch den Raub Schaden leidet, gegen den Räuber, nicht gegen dessen Erben (denn sie ist eine Pönalklage §. 1017.); und zwar auf die vierfache Ersetzung des Werthes, wenn die Klage innerhalb einem Jahre angestellt wird; auf die einfache Ersetzung aber, wenn sie nach Verlauf eines Jahres angebracht wird. Hierbey ist aber zu bemerken: wenn ich vom Räu-

ber den vierfachen Ersatz erhalte: so kann ich nicht zugleich die Restitution der Sache fordern, wie bey dem furto manifesto. Die actio vi bonorum raptorum ist eine actio *rei et poenae persecutoria.* Sonderbar ist es freylich, daß man von einem fure manifesto mehr als vom Räuber, nemlich den vierfachen Werth, und zugleich die Restitution der Sache; vom Räuber aber blos poenam quadrupli; oder welches einerley ist, poenam tripli nebst Restitution der Sache verlangen kann. Die Juristen geben sich viele Mühe, zu erklären, warum der Prätor gegen den Dieb eine vortheilhaftere Klage, als gegen den Räuber gegeben hat. Thomasius (* 2) giebt eine Ursache an, die nicht unwahrscheinlich ist. Er sagt, vermuthlich konnte nach dem alten Römischen Recht aus dem Diebstahle nie auf mehr, als das duplum geklagt werden. Damals führte ein Prätor die actionem vi bonorum raptorum auf das quadruplum, oder auf Ersetzung der Sache und poenam tripli ein. Nachher kam es auf, daß gegen einen furem manifestum auf die poenam quadrupli geklagt werden konnte. Jetzt hätte man bey dem Raub die poenam tripli auf das quintuplum, sextuplum u. s. w. erhöhen, oder wenigstens die poenam quadrupli einführen sollen. Allein jenes gieng nicht an, weil die Römer keine actiones poenales ultra quadruplum haben wollten; und dieses war nicht nöthig, da man gegen den Räuber die actionem furti manifesti anstellen konnte.

(1) *Hortensius* ad pr. Inst. h. t.
(2) In not. ad I. h. t.

§. 1043. Von den peinlichen Strafen des Raubes.

Wenn der Raub geschehen war entweder a) mit gewafneter Hand, oder b) mehrmalen, oder c) auf der öffentlichen Straße: so hatte die Todesstrafe statt; ausserdem wurden die Räuber zum Bergbau condemnirt, oder auf Inseln verwiesen. Auch ein latro, das ist einer, der raubt und mordet, wurde am Leben gestraft.

§. 1044. Heutiger Gebrauch.

Der Raub wird, so wie der Diebstahl, in Deutschland als ein öffentliches Verbrechen angesehen, und peinlich bestraft; die actio in quadruplum aber fällt weg. Nach der Halsgerichtsordnung Carls V. nemlich wird ein Räuber mit dem Schwerd bestraft (* 1). Hat er auf der Landstraße geraubt: so wird sein Körper auf das Rad geflochten. Mörder werden gerädert. Die in dem decreto D. Marci auf die Selbsthülfe gesetzte Strafe wird selten dictirt, aber mit Unrecht, da sie so billig, und die Selbsthülfe der öffentlichen Sicherheit so nachtheilig ist. Und man kann nicht mit Grund behaupten (* 2), daß dieses Decret heutigestages abgeschaft sey (* 3).

(1) Doch sehe man: Struben rechtl. Bed. 1. Th. 380. Seite.

(2) Wie

(2) Wie z. E. *Claproth* in diſſ. de non uſu decr. D. Marci, thut.
(3) *Schilter* ex. 2. th. 13. ſqq. *Brunnemann* ad I. 13. D. quod met. cauſ. *Mev.* P. 1. D. 95. P. 4. C. 217. ſqq. P. 5. D. 156. 351. *Stryk* U. M. tit. quod met. cauſ. §. 9. *Lyncker* de grav. extraiud. Part. 2. Cap. 9. §. 44. *Ludolf* ſymphor. conſult. forenſ. Vol. 1. conſ. 18. p. 436. *Leyſer* ſp. 507. m. 1. 2. *Cramer* Obſerv. Tom. 4. Obſ. 1070. p. 159. *Boehmer* Diſſ. cit. in ex. ad Pand. Tom. 2. p. 35. ſqq. *Büſſer* ad L. 7. C. unde vi. §. 22. *Reinharth* ad *Chriſtin.* Vol. 4. obſ. 39. Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, Num. 51. Webers Reflexionen S. 66. u. f. f. *Ernſt Lud. Aug. Eiſenhart* diſſ. de poena legibus rom. adverſus vindictam privatam ſancita, in foris adhuc valida. Helmſt. 1787.

TIT. III.

DE LEGE AQUILIA.

§. 1045. Was iſt damnum iniuria datum?

Das dritte Privatverbrechen iſt *damnum iniuria datum.* Man verſteht darunter die Handlung, wodurch ein freyer Menſch eine fremde Sache verdirbt. Alſo a) ein freyer Menſch begeht dieſe Handlung. Wenn ein Sklave Schaden thut, ſo heißt es *noxa*, und wenn es mein Thier thut, *pauperies.* b) Eine fremde Sache wird verdorben. Es iſt kein damnum iniuria datum, wenn ich meine eigene Sache verderbe; auſſer wenn ein anderer einen Anſpruch darauf hat; z. E. wenn ich ſie ihm verkauft, und noch nicht tradirt habe. c) Die Sache wird verdorben, beſchädigt, deſtruiret. Es iſt alſo nicht damnum iniuria datum, wenn ich einen hindere, einen Vortheil zu acquiriren, z. E. einen vortheilhaften Kauf zu ſchlieſſen; oder wenn ich ihm durch eine Unterlaſſungshandlung Schaden zufüge; z. E. ich warne einen nicht vor einem gefährlichen Wege, und er wirft mit ſeinem Wagen um; oder endlich, wenn ich eine Sache ſtehle, raube. Das Geſetz, welches die Strafe für das damnum iniuria datum beſtimmt, heißt *lex Aquilia.* Wer der eigentliche Autor dieſes Geſetzes ſey, und die Zeit, da es gemacht wurde, iſt unbekannt. Soviel weiß man nur, daß es ein plebiscitum war, (§ 37.) und daß der Autor Aquilius hies. Bach (*[1]) vermuthet, er ſey L. Aquilius Gallus, und das Geſetz im Jahr 572. gemacht worden.

(1) Hiſtor. iurisprud. rom. Lib. 2. Cap. 2. §. 38. §. 151.

§. 1046. Es wird entweder mit Vorſatz oder aus Nachläßigkeit begangen.

Das Vergehen, wovon hier die Rede iſt, heiſt damnum *iniuria* datum, das heißt ein widerrechtlicher Schaden. Iniuria heiſt alſo hier nicht Beſchimpfung, wie im folgenden Titel, ſondern Unrecht. Dieſes Vergehen

kann 1) sowohl mit Vorsatz als aus Nachläßigkeit begangen werden, und zwar sowohl culpa lata, als levi und leviſſima. Exempel von damnis iniuria datis ſind, a) wenn Jemand ſich für einen Kunſtverſtändigen ausgiebt, gleichwohl die Kunſt nicht verſteht, und mir durch dieſe Unwiſſenheit Schaden zufügt. Z. E. wenn ſich einer für einen Pferdearzt ausgiebt, und meinem Pferd ſchädliche Arzneymittel verordnet. b) Wenn Jemand ſich unterſteht, etwas zu thun, wozu er die nöthigen Leibeskräfte nicht hat, und ich dadurch in Schaden komme; z. E. wenn einer mit raſchen Hengſten fahren will, der die Stärke nicht hat, ſie zu regieren, und daher im Fahren mir Schaden thut.

§. 1047. Aber widerrechtlich.

2) Nur der begeht damnum iniuria datum, der eine widerrechtliche verbotene Handlung unternimmt, nicht wer mir durch eine erlaubte Handlung Schaden thut. Hierher gehört der Fall des *moderaminis inculpatae tutelae*. Wenn mich nemlich 1) Jemand unrechtmäſſigerweiſe angreift; 2) mich tödten, verwunden, mir die Keuſchheit rauben, oder etwas von meinem Vermögen entziehen will; ich ihn 3) nicht anders abhalten kann, als wenn ich ihn tödte; und ihn daher 4) im Angriff wirklich tödte, ſo ſagt man, ich habe das moderamen inculpatae tutelae beobachtet; ich habe mich nur vertheidigt (alſo es iſt tutela); auf erlaubte Art, (*in culpata* tutela) und habe alle Mäſſigung dabey beobachtet. Daher *moderamen* inculpatae tutelae.

§. 1048. Nicht durch Zufall.

Wer 3) durch einen ungefähren Zufall, das heißt durch eine Handlung, die ihm nicht imputirt werden kann, Schaden thut, begeht kein damnum iniuria. Z. E. der Schütze, der in der Schießſtätte ſchießt, und mein Pferd, das ihm in den Schuß lauft, trift. Der Dachdecker, welcher nachdem er ein Warnungszeichen gegeben hat, Ziegel vom Dache wirft, und ein Stück Vieh trift.

§. 1049. Fernere Erforderniſſe des Aquiliſchen Geſetzes.

Wer ein damnum iniuria leidet, kann aus der lege Aquilia klagen. Doch redet 4) das Aquiliſche Geſetz nur von dem Fall, wenn ich an meinem Vermögen Schaden leide; nicht von dem, wenn ein freyer Menſch verwundet wird. Hier alſo hat keine actio directa ex lege Aquilia ſtatt. Dieſes Geſetz ſetzt ferner 5) voraus, daß einer körperlichen Sache, vermittelſt einer körperlichen Sache Schaden zugefügt wird; z. E. ich ſchieße den Sklaven, das Thier tod, das dem andern gehört, zerſchlage ihm die Fenſter u. dgl. Man ſ. den 1059. §. Weiter 6) iſt zu bemerken, daß in dem Fall, wo dem Beſchädigten ebenfalls Schuld beyzumeſſen iſt, er aus der lege Aquilia nicht klagen

gen könne (* 1). Endlich und 7) muß ich anführen, daß lex Aquilia nur auf solche Beschädigungen gieng, welche auſſer einem Contract zugefügt werden. Man hat aber das Gesetz nachher auch auf damna in contractu data ausgedehnt. Demnach kann ich, wenn mir ein Contrahent damnum iniuria zufügt, zweyerley Klagen anstellen, einmal aus dem Contract, und fürs andere aus dem Aquilischen Gesetze. Es fragt sich aber, ob, wenn ich actionem legis Aquiliae wegen eines Schadens anstellen will, den ich im Contract erlitten habe, der Grad von culpa vorhanden seyn müsse, welcher in demselben Contract prästirt wird, oder ob dieß nicht erforderlich sey? Z. E. im Miethcontract wird nur culpa lata und levis geleistet; gesetzt nun, mein Miethsmann verdirbt die gemiethete Sache culpa leviſſima. In diesem Falle kann ich aus dem Contract nicht gegen ihn klagen. Aber kann ich ihn aus dem Aquilischen Gesetz belangen? Einige Juristen (* 2) behaupten, man könne aus diesem Gesetz wegen eines jeden damni culposi auch in Contracten klagen. Allein andere sagen mit besserem Grund: wenn ich wegen eines damni iniuria dati in contractu die Klage aus dem Aquilischen Gesetze anstellen will, so muß der Grad von culpa vorhanden seyn, welcher in dem vorliegenden Contract zu prästiren ist. In dem gegebenen Exempel also hat die Klage ex lege Aquilia nicht statt. Wenn die erste Meynung richtig wäre, so würden alle Regeln von den Graden der culpae und deren Prästation in den Contracten ganz unnütz seyn (* 3).

(1) Strube rechtl. Bed. 3. Th. 229. Seite.
(2) *Zoesius* ad Pand. h. t. n. 9. *Cocceii* iur. controv. h. t. Qu. 4.
(3) *Beyer* posit. ad Inst. h. t. n. 6. lit. b. *Berger* resolut. LL. obstant. h. t. Qu. 2. p. m. 153. *Boehmer* de act. Sect. 2. cap. 11. §. 20. Strube rechtl. Bed. 3. Th. 227. Seite.

§. 1050. Von den Capiteln dieses Gesetzes, und zwar vom Inhalt des ersten.

Das Aquilische Gesetz hatte mehrere Capitel (* 1). Wir wissen aber nur den Inhalt vom ersten und dritten; wovon das zweyte und die übrigen gehandelt haben, ist unbekannt. Das erste verordnete: wer eines andern Sklaven, Sklavin, quadrupes oder pecus widerrechtlicherweise tödtete, sollte dem Eigenthümer den höchsten Werth bezahlen, den die Sache im nächstvorhergehenden Jahre gehabt hatte.

(1) *Noodt* ad L. Aquil. Cap. 13. glaubt, daß deren mehr als drey gewesen seyen. Hingegen *Io. Henr. Mylius* in diss. de tribus legis Aquil. capitibus sucht zu beweisen, daß es nicht mehr als drey gehabt habe. Diese Diss. ist dem Reizischen Theophilus 2. B. S. 1101. beygedruckt.

§. 1051. Weitere Ausführung.

Also dieses Capitel erfodert, 1) daß der Schaden durch Todschlagen geschehen sey; 2) eines Sklaven, oder einer Sklavin, oder eines *quadrupedis*,

dis, oder *pecudis*. Nemlich die Juriſten unterſcheiden quadrupedes, pecudes und beſtias. *Quadrupedes* heiſſen Thiere, denen man Zaum und Gebiß ins Maul legt, und die zum Laſttragen gebraucht werden, z. E. Pferde, Maulthiere, Eſel ꝛc. *Pecudes* Thiere, welche in Heerden geweidet werden, z. E. Schaafe, Schweine; *beſtiae* alle andere Thierarten, z. E. Hunde, Katzen u. ſ. w. Das erſte Capitel des Aquiliſchen Geſetzes redete von pecudibus quadrupedibus. Daher entſtand die Frage, ob nur ſolche Thiere dahin gehörten, die zugleich pecudes und quadrupedes ſind, z. E. Pferde; oder ob es genug ſey, daß es ein Thier pecus ſey, z. E. ob die Schweine in das erſte Capitel des Geſetzes gehörten, die zwar pecudes, aber keine quadrupedes ſind. Die Frage wurde endlich dahin entſchieden, daß es genug ſey, wenn ein Thier eins von beyden, pecus oder quadrupes ſey.

§. 1052. Klagen aus dem erſten Capitel.

Aus dieſem erſten Capitel klagt alſo der Eigenthümer, oder wer ſonſt durch das Tödten der Sache Schaden gelitten hat, gegen den Todſchläger, nicht gegen deſſen Erben (denn Pönalklagen gehen nicht gegen die Erben); ſind es mehrere, die den Schaden zuſammen gethan haben, gegen jeden in ſolidum; (§. 1017. 3.) und zwar auf die Erſetzung des höchſten Werthes, den die Sache im nächſt vorhergegangenen Jahre hatte. Z. E. wenn der Sklave, zu der Zeit, da ich ihn todſchlage, nur 10 aureos werth iſt, weil er nur Einen Arm hat; er aber den Arm erſt ſeit einem Jahr verlohren hat, und vor deſſen Verluſt 100 aureos werth war: ſo muß ich 100 aureos für ihn bezahlen. Und darum war die actio ex Lege Aquilia eine Pönalklage. Hätte man den Werth gefordert, den die Sache zur Zeit des Todſchlags hatte: ſo wäre es eine actio rei perſecutoria geweſen.

§. 1053. Vom zweyten Capitel des Aquiliſchen Geſetzes.

Der Innhalt des zweyten Capitels iſt heutigestags völlig unbekannt. Einige (* 1) glauben, es habe de ſervo corrupto, von der Verführung eines Sklaven; andere (* 2), es habe de effuſis vel deiectis (§. 1078.) gehandelt. Allein dies ſind bloſſe Vermuthungen. Ulpian geſteht in dem angeführten Geſetz, er wiſſe den Innhalt dieſes zweyten Capitels nicht. Es hatte ſchon zu ſeiner Zeit vorlängſt den Gebrauch verlohren, und war daher in völlige Vergeſſenheit gerathen. Daher iſt es eine in allem Betracht verlohrne Mühe, im 18. Jahrhundert deſſen Innhalt erforſchen zu wollen.

(1) Z. E. *Chifletius* de cap. ſecundo L. Aquil. in Otton. theſaur. Tom. V.
(2) Z. E. *Bynkershoek* am a. O.

§. 1054.

§. 1054. 1055. 1056. Vom dritten Capitel.

Das dritte Capitel redet von folgenden Arten des Schadens: a) wenn ich einem seinen Sklaven oder pecudem quadrupedem verwundete; b) wenn ich ihm ein Thier, das weder pecus noch quadrupes war, z. E. einen Hund tödtete; c) wenn ich einem eine leblose Sache verbrannte, zerbrach, zerriß u. s. w. Die Strafe war, daß ich den höchsten Werth bezahlen mußte, den die Sache binnen den nächsten dreyßig Tagen gehabt hatte. Die Ursache, warum das erste Capitel auf den höchsten Werth des nächsten Jahres, das dritte auf den höchsten Werth des nächsten Monates sah, lag darinn, weil das im ersten Capitel bestimmte Vergehen für schwerer angesehen wurde, als das, wovon im letzten die Rede war. Uebrigens infamirt die actio ex lege Aquilia nicht, wie die aus andern Verbrechen entstehende Klagen thun.

§. 1057. Noch einige Anmerkungen über das Aquilische Gesetz.

1) Wenn ein freyer Mensch verwundet wird: so kann er nicht directe aus dem Aquilischen Gesetz klagen; denn es redet von diesem Fall nicht ausdrücklich. (§. 1049.) Indessen kann er doch utilem actionem anstellen, nicht auf die Aestimation; denn wie kann man hier eine Taxe machen? sondern auf das Interesse; das heißt a) die Curationskosten; b) auf die Ersetzung des Schadens, den er während der Cur, durch die Versäumniß in seinen Geschäften leidet, und c) den er nachher leidet, wenn er ein Glied verlohren, oder eine Lähmung bekommen hat, so, daß er zu seinen Geschäften untauglich geworden ist, oder doch weniger, langsamer als zuvor arbeiten kann. Schmerzengeld, Ersatz wegen der erhaltenen Narben und verlohrner Schönheit kann der Verwundete nach Römischem Recht nicht verlangen.

§. 1058. Fortsetzung.

2) Die Römische Juristen sagen von dieser Klage: quod lis inficiando crescat. Wenn der Beklagte das Vergehen leugnete und überführt wurde: so mußte er das duplum dessen bezahlen, was er sonst würde haben erlegen müssen.

§. 1059. Fortsetzung.

3) Nur alsdenn, wenn an einer körperlichen Sache mit einer körperlichen Schade geschieht, hat actio directa ex lege Aquilia statt. Wenn ich zwar an einer körperlichen Sache, aber nicht mit einer körperlichen Sache schade, z. E. wenn ich des andern Thiere einsperre, und sie verhungern lasse: so wird actio ex lege Aquilia utilis angestellt. Ist der Schaden weder an, noch mit einer körperlichen Sache geschehen; z. E. wenn ich den Kefigt öffne,

und einem seine Vögel herausfliegen lasse: so kann gar nicht ex lege Aquilia geklagt werden, sondern man muß actionem in factum anstellen.

§. 1060. Vom heutigen Gebrauch des Aquilischen Gesetzes.

Bey uns klagt der, welcher ein damnum iniuria datum leidet, blos auf den wahren Werth der Sache und Ersetzung des Interesse. Wir distinguiren also a) die verschiedenen Fälle nicht, wie das Aquilische Gesetz im ersten und dritten Capitel thut. b) Man fordert nicht den höchsten Werth, den die Sache im nächsten Jahr oder Monat, sondern zur Zeit der Corruption hatte. c) Es kommt nichts darauf an, ob der Schade an und mit einer körperlichen Sache geschehen ist, oder nicht, und d) wenn der Beklagte das Verbrechen leugnet, wird er nicht auf das duplum condemnirt. Wenn indessen der Schade dolose, oder auch durch einen hohen Grad von Nachlässigkeit zugefügt ist: so wird der Beklagte ausser der Schadensersetzung in eine Geld- oder Gefängnißstrafe verurtheilt. Diese Strafe ist zuweilen in den Landesgesetzen bestimmt; wo das aber nicht geschehen ist, da hängt sie vom Ermessen des Richters ab. Aus diesem allem folgt, daß, wie Thomasius (*1) ganz richtig erinnert, heutigestags, die wegen eines damni iniuria dati statt findende Klage nicht auf das Aquilische Gesetz, sondern auf das deutsche Recht, und auf die natürliche Billigkeit gegründet ist (*2). In soweit also die Verordnungen dieses Gesetzes blosse Vorschriften des Naturrechts sind, gelten sie auch bey uns. Z. E. ein Verwundeter kann Curationskosten und Schadensersetzung wegen Versäumniß und Untauglichkeit fordern: Er kann aber auch Schmerzengeld, und eine Weibsperson noch über das Entschädigung für den Verlust ihrer Schönheit verlangen.

(1) *Thomaſ.* diſſ. larva legi aquiliae detracta, in collect. diſſ. vol. 2. num. 60.
(2) Die Klage geht daher auch gegen die Erben. *Pufendorf* tom. 4. obſ. 95.

TIT. IV.

DE INIURIIS.

§. 1061. Was sind Injurien?

Das vierte Privatverbrechen ist die Beschimpfung, *iniuriae*. Man versteht darunter nicht jede widerrechtliche Handlung, so wie im vorigen Titel, sondern eine Handlung, die in der Absicht unternommen wird, um den guten Namen eines andern zu schmälern.

§. 1062. Sie sind entweder Verbal- oder Realinjurien.

Eine Injurie kann also einem auf mancherley Art zugefügt werden. Wenn es durch Worte mündlich oder schriftlich geschieht: so heißt sie **Verbalinjurie**; besteht sie in Handlungen, die in den Körper des andern wirken, Schlagen, Stoßen u. dergl. so heißt sie eine **Realinjurie**. Ausser diesen beyden Gattungen aber giebt es noch viele andere, z. E. das Schandgemälde, wenn man einen auf eine beschimpfende Art, z. E. am Galgen hängend mahlen läßt. Zu den Verbalinjurien gehört die *iniuria scripta*, das heißt, eine jede für den andern schimpfliche Schrift, und eine Gattung derselben, der *famosus libellus*, Pasquill, eine Schrift, worinn einem ein infamirendes Verbrechen vorgeworfen wird; es mag nun der Name des Verfassers darinn stehen oder nicht.

§. 1063. Entweder gering oder schwer.

Eine geringe Injurie, *iniuria simplex* ist, wodurch Jemand nur in geringem Grad, eine schwere Injurie, *atrox iniuria*, wodurch er in hohem Grad beschimpft wird. Will man beurtheilen, ob eine Injurie schwer sey: so muß man auf das Factum selbst, auf den Ort, wo die Injurie passirte, und auf die Person, der sie zugefügt wurde, Rücksicht nehmen. Eine Injurie, die z. E. einem durch Schläge zugefügt wird, ist *atrox* in Vergleichung mit einer Verbalinjurie. Eine Injurie, die man an einem öffentlichen Ort leidet, ist atrox in Ansehung einer, die an einem Privatort vorgenommen wird. Und endlich sind Injurien, die ein geringer Mensch an einem vornehmern ausübt, schwerer, als die Jemand einem seines gleichen zufügt.

§. 1064. Jede Injurie setzt Absicht voraus.

1) Die Injurie wird in der Absicht unternommen, einen zu beschimpfen. Wo also diese Absicht (animus iniuriandi) nicht vorhanden ist, da ist keine Injurie. Daher können 2) Rasende, Unmündige, Höchstbetrunkene einen nicht injuriiren. 3) Was man im Scherz sagt, ist keine Injurie, eben so wenig, als 4) ein Schlag, den man seinem Sklaven zugedacht hat, der aber von ungefehr einen dabey stehenden freyen Menschen trifft; auch 5) das nicht, was ich in der Absicht einen zu bessern sage oder thue, z. E. der Lehrer dem Schüler, die Obrigkeit den Unterthanen. Indessen muß es auf eine solche Art geschehen, daß es bessern kann; denn wenn die Handlung diesen Zweck nicht haben kann, sondern nothwendig beschimpfen muß: so kann die Ausflucht, daß man sie, in der Absicht zu bessern, gethan habe, nichts helfen.

§. 1065. Die Injurien sind entweder directe oder indirecte.

6) Eine Injurie heißt **direct**, wenn sie mir unmittelbar zugefügt wird; **indirect**, wenn man Jemanden beschimpft, der in meinem Schutz ist (cuius defensio mihi incumbit). Wenn man nemlich meine Kinder, Sklaven, Bediente (indem sie ihren Dienst verrichten), meine Frau, meine Braut beschimpft. 7) In allen diesen Fällen kann ich eine Injurienklage anstellen. Hingegen wenn der Mann beschimpft wird, so kann die Frau nicht klagen, ausser wenn sie die Injurie mittrifft, z. E. wenn man den Mann einen Hahnrey nennet.

§. 1066. Verschiedene Arten der Injurienklage.

Wegen erlittener Injurien konnte man klagen anfangs aus den zwölf Tafelgesetzen, nachher aus dem prätorischen Edict und dem cornelischen Gesetz. Endlich wurde auch eine Criminalklage zugelassen, und heutigestags giebt es ein aussergerichtliches Rechtsmittel gegen Injurien, die Retorsion.

§. 1067. Klagen aus den zwölf Tafelgesetzen.

Wenn ich nemlich einen eines Gliedes beraubte, es ihm abhieb, ausschlug, lähmte ꝛc. so mußte ich zur Strafe dasselbe Glied hergeben, ob membrum ruptum talio erat. Hatte ich einem einen Knochen zerbrochen (si os rupseram), so hatte eine Geldstrafe statt; wie viel, weiß man nicht. Endlich wegen geringerer Real- oder Verbalinjurien mußte der Injuriant dem Beleidigten 25 asses bezahlen.

§. 1068. Von der prätorischen Injurienklage.

In der Folge kamen diese Strafen ab, und der Prätor führte die ästimatorische Injurienklage ein; die poena talionis war zu hart, und die Geldstrafen von 25 Assen in vielen Fällen zu gelind. Gellius erzählt: ein gewisser Veratius sey zu seinem Vergnügen auf dem Markt herumgegangen, habe jedem, der ihm mißfiel, eine Maulschelle gegeben, und von einem bey sich habenden Sklaven auf der Stelle 25 Assen auszahlen lassen. Der Prätor führte daher eine zweckmäßigere Klage ein, diese prätorische oder ästimatorische Injurienklage stellt der Injuriirte an, aber nicht sein Erbe (denn die Klage ist eine von denen, quae vindictam spirant); gegen den Injurianten, er mag nun die Injurie selbst zugefügt, oder sich dabey eines andern als Werkzeugs bedient haben (denn es ist eine Pönalklage); und zwar auf eine Summe Geldes, die der Kläger ansetzt, und der Richter nach Befinden mäßigt. Eine streitige und practische Frage ist, ob die ästimatorische Klage eine rei persecutoria oder poenalis sey. Billig muß man das letzte behaupten. Denn der Beleidigte

leidigte bekommt seine verlohrne Ehre nicht wirklich wieder, wenn er Geld nimmt, und eben so wenig kann man dieses Geld als einen Ersatz für den Verlust des guten Namens ansehen (* 1).

(1) *Boehmer* de instit. et aequitate action. iniuriar. cap. 3. §. 1. sqq. Ex. ad P. tom. 6. p. 145. sqq. Quistorp Beyträge zur Erläut. verschiedener Rechtsmat. 3. Th. 64. Seite.

§. 1069. Von der Cornelischen Civilklage.

Die große Unbändigkeit und Zügellosigkeit, die sich während der bürgerlichen Kriege in Rom eingeschlichen hatte, bewog den Dictator Lucius Cornelius Sulla im Jahr 672 ein neues Gesetz gegen die Injurien zu geben. Er verordnete, daß wer einen schlüge (pulset aut verberet), oder ihm in sein Haus mit Gewalt eindränge, er mag es nun selbsten, oder durch einen andern thun, mit einer Privat- und zugleich einer öffentlichen Strafe, dem exilio, damnatione ad metalla, oder ad opus publicum belegt werden sollte. Doch war das iudicium ex lege Cornelia nur ein privatum, kein publicum (* 1). *Pulsare* und *verberare* sind übrigens darinn verschieden: verberare heißt schlagen, daß es einem Schmerzen verursacht, pulsare Schläge oder Stöße geben, die nur beschimpfen.

(1) *Otto* ad §. 8. I. h. t.

§. 1070. Peinliche Anklage.

Endlich findet auch wegen schwerer Injurien eine öffentliche Anklage (iudicium publicum) statt; z. E. wenn Jemand eine Schmähschrift (libellum famosum) machte, eine obrigkeitliche Person bey der Ausübung ihres Amtes, einen Geistlichen bey dem Gottesdienst injuriirte (* 1).

(1) *Otto* ad §. 10. I. h. t.

§. 1071. Dauer dieser Klagen.

Die prätorische Injurienklage muß binnen einem Jahr angestellt werden. Die Civilklage aus dem Cornelischen Gesetz dauerte dreyßig, die peinliche Injurienklagen aber zwanzig Jahre. Dies ist den Regeln, die §. 1190. und 1191. vorkommen werden, gemäß.

§. 1072. Von der Retorsion.

Die Retorsion besteht darinn, daß man eine Verbalinjurie sogleich zurückgiebt. Jemand heißt mich z. E. einen Schurken, ich sage: das möge er wohl selbst seyn. Sie hat also nur bey Verbalinjurien statt; man muß dieselbe Injurie, keine andere zurückgeben, und muß es auf der Stelle thun. Wenn mir eine Realinjurie zugefügt wird, und ich den Injurianten wieder

injuriire, oder wenn ich andere Schimpfreden ausstosse, oder erst nach Verfliessung einiger Zeit dieselbe Injurien zurückgebe: so werden wir beyde gestraft. Wer sich übrigens dieses Mittels bedient, verliert alles Recht zu klagen. Denn da er sich selbst Recht geschafft hat: so ist er der richterlichen Hülfe verlustig.

§. 1073. Vom heutigen Gebrauch.

Die bisher vorgetragenen Sätze finden auch bey uns statt. Doch ist noch folgendes zu bemerken. Heutigestags kann man aus Realinjurien ästimatorisch, und auf eine öffentliche Strafe klagen, wie bey den Römern. Hingegen bey Verbalinjurien hat man dreyerley Klagen: 1) die ästimatorische, 2) die auf eine öffentliche Strafe gerichtete, und 3) die auf Recantation (Wiederruf) Abbitte oder Ehrenerklärung, oder wie man sie nennt, actio *recantatorio* in sensu generali (*[1]). Man kann auch dem Richter die Injurien, sowohl verbale als reale blos denunciiren, und ihm die Bestrafung überlassen. Es fragt sich aber, wie concurriren jene Klagen mit einander? Nemlich kann man 1) auf die Aestimation der Injurie und zugleich auf eine öffentliche Strafe klagen? Nein, denn die ästimatorische Klage ist eine actio poenalis. Man kann aber einen nicht mit einer doppelten Strafe belegen (*[2]). 2) Kann man auf den Wiederruf, oder Abbitte, und zugleich auf eine öffentliche Strafe, Klage erheben? Auch diese Frage ist zu bejahen, da die actio recantatoria nicht sowohl poenalis als rei persecutoria ist (*[3]). 3) Ist es erlaubt, zugleich a) die Aestimation, und b) Wiederruf oder Abbitte zu verlangen? Nach der Theorie allerdings, denn die actio aestimatoria ist poenalis, die recantatoria hingegen ist mehr eine rei persecutoria (*[4]). Und diese Meynung ist auch in der Praxis angenommen (*[5]). Die Klage auf den Wiederruf hat übrigens nur statt, wenn die Injurie an sich, oder wegen des Verhältnisses zwischen dem Injurianten und dem Beleidigten höchst schwer (atrocissima) ist. Denn der Injuriant muß sich bey dem Wiederruf für einen Lügner erklären, und wird daher der Regel nach infam. Die Klage auf eine Abbitte wird angestellt, wenn die Partheyen gleiches Standes sind, oder die Injurie weniger schwer ist. Endlich mit einer Ehrenerklärung muß sich der Beleidigte begnügen, wenn der Injuriant vornehmer als der Beleidigte, oder es noch zweifelhaft ist, ob der Beklagte den Kläger habe injuriiren wollen.

(1) Diese Klage ist deutschen Ursprungs. Man s. Heineccius vermischte Anmerkungen und rechtliche Gutachten, 5. Abth. S. 42. u. f. f. und *Turin.* diss. infra (not. 4.) cit. §. 5. sqq.

(2) *Mencken* gymnas. polem. disp. 17. th. 25. p. 256. *Lauterbach* coll. th. pr. h. t. §. 55. ibique allegati. *Cocceii* ius controv. h. t. qu. 28. *Walch* controvers. p. 424.

p. 424. Anderer Meynung sind *Schilter* Ex. 49. th. 31. *Carpzov.* prax. rer. crim. part. 5. qu. 95. n. 26. *Berger* elect. iurispr. crim. pag. 84.

(3) *Lauterbach* l. c. §. 56.

(4) *Cocceii* ius controv. h. t. qu. 20. et 29. ibique cit. *Ad. Ignat. Turin.* diss. de natura et indole actionis ad palinodiam, et quid interfit, eam esse aut poenalem, aut rei persecutoriam, §. 8. sqq. Das Gegentheil behaupten *Berger* l. c. p. 83. *Walch* l. c. p. 425. *Boehmer* diss. de iniustitia et iniquitate action. cap. 3. §. 19. sqq. Der Letztere giebt sich viele Mühe zu beweisen, daß die actio recantatoria eine poenalis sey. Allein seine Gründe sind nicht überzeugend.

(5) *Lauterb.* l. c. ibique citati. Man s. auch *Stryk* us. mod. h. t. §. 28. *Reinharth* ad *Christin.* vol. 2. obs. 25.

§. 1074. Von Schmähschriften.

Schmähschrift, Pasquill, *libellus famosus* ist eine Schrift, worinn man einem ein infamirendes Verbrechen vorwirft. Carl V. verordnet am a. O. daß im Fall das vorgeworfene Verbrechen falsch ist, der Pasquillant mit der Strafe belegt werden solle, welche auf das vorgeworfene Verbrechen steht. Allein in der Praxis wird höchstens der Staupenschlag zur Strafe dictirt. Ist das Verbrechen wahr, so hat eine willkührliche Strafe statt, und diese wird denn selten mehr als eine mäßige Geld- oder Gefängnißstrafe seyn.

§. 1075. Wie die Injurienklagen exspiriren.

Die Injurienklagen exspiriren, 1) wenn man retorquirt, 2) durch die Präscription. Nemlich die prätorische Injurienklage dauert nur Ein Jahr. (§. 1190.) Aber wenn man aus dem cornelischen Gesetz auf die Aestimation klagt, so dauert die Klage 30, und wenn man um eine öffentliche Strafe bittet, 20 Jahre. (§. 1190. 1191.) Die recantatoria dauert ebenfalls 30 Jahre. 3) Wenn man dem Injurianten die Beleidigung vergiebt, welches entweder ausdrücklich oder stillschweigend, durch freundschaftlichen Umgang mit ihm geschieht. 4) Wenn einer von beyden, der Injuriant oder Injuriat, vor der Litiscontestation stirbt. Denn geschieht es erst nachher, so kann der Proceß von den Erben und gegen die Erben fortgesetzt werden. Doch ist noch zu bemerken: a) die Klage, welche auf Revocation der Verbalinjurien geht, kann auch nach der richtigern Meynung, nach dem Todte des Injuriirten von dessen Erben angestellt werden (* 1); und b) in dem Fall, wo Jemand erst nach seinem Todt injuriirt wird, z. E. wenn der Prediger in der Leichenpredigt auf den Verstorbenen schimpft, so können die Erben ohne allen Zweifel klagen (* 2). c) Wenn der Injuriant stirbt, so können die Erben zu einer Ehrenerklärung angehalten, oder auch die Revocation durch ein Urtheil für geschehen erklärt werden (* 3).

(1) *Harp-*

(1) *Harpprecht* ad Inſt. h. t. n. 83. 84. *Cocceii* iur. contr. h. t. qu. 21. *Turin.* diſſ. cit. §. 19. ſqq. *Wernher* part. 10. obſ. 342.
(2) L. 1. §. 4. 6. D. L. 23. h. t. *Sam. Frid. Willenberg* diſſ. de iniuria mortuis illata, Ien. 1745.) §. 34. ſqq. *Leyſer* ſp. 546. med. 1.
(3) *Turin.* l. c. §. 21. *Cramer* tom. 2. obſ. 516.

TIT. V.

DE OBLIGATIONIBUS QUAE QUASI EX DELICTO NASCUNTUR.

§. 1076. Was iſt ein Quaſidelictum?

Wir haben bisher die vera delicta abgehandelt, und gehen nun zu den quaſidelictis. Man verſteht darunter Vergehungen gegen ein Pönalgeſetz, die ohne Vorſatz, aus bloſſer Nachläſſigkeit begangen werden. Dies iſt wenigſtens die gemeine Erklärung, die aber freylich noch Zweifeln unterworfen iſt (* 1).

(1) Weber von der natürlichen Verbindlichkeit, S. 25. u. f. f. *Koch* inſtit. iur. crim. §. 12. (2) *Woltaer* obſ. iur. civ. obſ. 18. p. 111.

§. 1077. Von dem Quaſidelict eines Richters, der übel urtheilt.

Das erſte Quaſidelict iſt das *delictum iudicis litem ſuam facientis.* Wenn ein Richter ein den Geſetzen oder dem Factum nicht anpaſſendes Urtheil ſpricht, ſo ſagen die Römiſchen Juriſten, litem facit ſuam, er macht den Proceß, der vorher unter andern Perſonen geführt wurde, zu ſeinem eigenen; das heißt, kurz: er ſelbſt kann nun belangt werden. Spricht er das ungerechte Urtheil wiſſentlich: ſo begeht er ein verum, thut er es aber aus Unwiſſenheit oder Nachläſſigkeit (* 1), ein quaſidelictum; er muß der Parthey, gegen die er geſprochen hat, nicht nur allen Schaden erſetzen, ſondern die Strafe iſt auch im erſten Fall, Caſſation und Ehrloſigkeit: im zweyten eine vom Ermeſſen des Oberrichters abhängende Geldſtrafe. Die Klage, welche gegen einen ſolchen Richter angeſtellt wird, heißt bey den Römiſchen Juriſten *actio in factum*, heutigestags *actio male iudicati*, oder *actio ex ſyndicatu.* Der letzte Name kommt daher: in dem Mittelalter hatten die Städte in Italien obrigkeitliche Perſonen, welche Syndici hieſſen. Sie mußten unter andern auch auf die Richter Achtung geben, und ſie zu ihrer Pflicht anhalten. Daher kam es auf, die Klage gegen einen Richter Syndicatsklage zu nennen.

Verſchiedene Juriſten (* 2) leugnen den heutigen Gebrauch dieſer Klage aus folgenden Gründen. Sie ſagen, wenn der Richter übel gegen mich urtheilt:

theilt: so kann ich ja appelliren. Unterlasse ich dies: so wird das Urtheil rechtskräftig, und ich habe es mir selbst zuzuschreiben, daß ich Schaden leide. Allein dieser Einwurf ist leicht zu heben. Wenn ich von dem ungerechten Urtheil nicht appellire: so wird es zum Besten meines Gegners rechtskräftig; dieser bekommt ein ius quaesitum, nicht der Richter. In den Gesetzen ist nirgends verordnet, daß der Richter nur in subsidium haften solle, wenn die Parthey auf keinem andern Weg zu ihrer Schadloshaltung gelangen können. Sein dolus oder seine culpa wird dadurch nicht entschuldigt, daß ich durch einen höhern Richter die Vollstreckung seines ungerechten Spruches hindern kann. Man kann es auch nicht als ein Versehen betrachten, wenn ich mich meines Rechts bediene, und lieber den Richter belange, als appellire. Dazu kommt noch, daß das ungerechte Urtheil vom obersten Richter gesprochen seyn kann, von dem keine Appellation mehr statt findet (* 3).

(1) Die Schuld mag nun culpa lata, levis, oder leviſſima seyn. *Pufendorf* tract. de culpa part. 7. cap. 1. §. 3. Weber am a. O. S. 31. u. f.
(2) *Thomasii* diss. de usu pract. actionis adversus iudicem imperite iudicantem, §. 10.
(3) Strube rechtl. Bed. 2. Th. 479. S. Indessen ist freylich die Klage selten.

§. 1078. Vom Herunterwerfen und Schütten.

Das zweyte Quasidelict ist das Herunterwerfen oder Schütten aus einem Haus. Wenn aus einem Haus etwas geworfen oder ausgegossen wird, an einem Ort, wo Passage ist (ubi vulgo iter fit), ohne zuvor eine Warnung zu geben, und ich dadurch Schaden leide, so kann ich den Bewohner des Hauses (habitatorem coenaculi); er sey nun Eigenthümer oder Miethsmann, belangen, den Schaden zu ersetzen; und brauche nicht zu beweisen, daß er selbst geworfen oder gegossen habe. Denn er muß auf seine Hausleute Achtung geben, und nicht leiden, daß sie heraus schütten oder werfen. Er kann es auch eher herausbringen, als ich, wer gegossen oder geworfen hat, und seinen Regreß gegen ihn nehmen.

§. 1079. Klage, die daraus entsteht.

Diese Klage stellt also der Beschädigte und seine Erben an, gegen den Eigenthümer, im Fall er selbst im Haus wohnet, oder wenn er das Haus vermiethet hat, gegen den Miethsmann, nicht gegen dessen Erben (denn sie ist eine Pönalklage); auch nicht gegen einen Gast, das heißt gegen einen, dem der Eigenthümer oder Miethsmann umsonst, aus Freundschaft auf kurze Zeit die Wohnung gegeben hat. Wenn mehrere Personen im Haus wohnen: so bewohnen sie entweder verschiedene Theile, z. E. der eine das Vorder- der andere das Hinterhaus; der eine das untere, der andere das obere Stockwerk;

oder sie wohnen durch einander. Im ersten Fall kann nur der belangt werden, aus dessen Theil das Ausgiessen oder Werfen geschehen ist; im letzten Fall aber müssen sie in solidum haften; jeder kann auf die Schadensersetzung belangt werden. Wenn indessen einer bezahlt: so sind die andern frey; welches bey Pönalklagen aus einem wahren Delict nicht geschieht. (§. 1017.) Das Gesuch bey dieser Klage ist, 1) daß der Beklagte den zugefügten Schaden, wenn er sich taxiren läßt, z. E. an den Kleidern geschehen ist, doppelt ersetzen; 2) im Fall ein freyer Mensch todt geworfen worden ist, daß der Beklagte 50 aureos an den Kläger bezahle. Der Kläger kann übrigens jeder Mensch (quisvis ex populo) seyn. 3) Wenn ein Mensch an seinem Leibe beschädigt worden ist, daß ihm die Curationskosten (sostrum) und aller übrige Schaden ersetzt werde.

§. 1080. Natur dieser Klagen.

Wenn diese Klage wegen eines todtgeworfenen freyen Menschen angestellt wird: so dauert sie nur Ein Jahr, sie kommt dem Erben nicht zu (nemlich nicht als Erben; als Unterthan, als einer ex populo kann der Erbe klagen); auch kann sie nicht gegen die Erben angestellt werden, weil sie eine Pönalklage ist. Hingegen wenn wegen eines andern Schadens geklagt wird: so dauert die Klage 30 Jahr (perpetua est), und kann von den Erben angestellt werden.

§. 1081. Vom gefährlichen Aufstellen und Aushängen an der Straße.

Das dritte Quasidelict begeht derjenige, der an seinem Haus über der öffentlichen Straße etwas aufstellt oder aushängt, z. E. Blumentöpfe, welches leicht herunterfallen, und den Vorübergehenden schaden kann. Es ist also von dem Vorigen verschieden. Bey jenem wird voraus gesetzt, daß schon wirklich etwas auf die Straße gefallen ist, bey diesem, daß es noch steht, aber fallen kann.

§. 1082. Klage aus diesem Quasidelict.

Aus diesem Quasidelict kann jeder aus dem Volk eine Klage anstellen, gegen den, welcher die Sache ausgestellt oder ausgehängt hat, nicht gegen den Einwohner des Hauses, (wie bey dem vorigen Quasidelict), und zwar auf eine Strafe von 10 aureis, die der Kläger bekommt. Hat ein Sklave ohne Wissen des Herrn die Sache ausgestellt, oder ausgehängt; und er ist keine 10 aureos werth: so kann ihn der Eigenthümer noxae geben, das heißt, anstatt der Geldstrafe hingeben.

§. 1083. Was ist Rechtens, wenn der Sohn diese Quasidelicte begeht?

Wenn ein filius familias bey dem Vater im Haus wohnt, und die beyde letzte bisher abgehandelte Quasidelicte begeht: so kann der Vater belangt werden. Wohnt hingegen der Sohn in einem besondern Haus: so kann der Vater nicht belangt werden, man muß gegen den Sohn selbst klagen. Wird er condemnirt, und hat ein peculium: so kann man die actionem rei iudicatae gegen den Vater anstellen, daß er aus dem peculio bezahle.

§. 1084. Vom Quasidelict der Gastwirthe u. s. w.

Wenn ich Sachen in ein Wirthshaus, ein Transportschiff, einen Stall, der an Fremde vermiethet wird, gebracht habe, und Schaden daran leide: so kann ich gegen den Wirth, den Schiffer, den Eigenthümer des Stalles 1) *ex vero delicto* z. E. Diebstahl, damno iniuria dato, klagen; wenn ich nemlich annehme und beweisen will, daß der Wirth, Schiffer u. s. w. selbst den Schaden gethan habe. 2) *Ex quasi delicto*; wenn ich annehme, daß seine Bedienten an dem Schaden Schuld sind. Diese Klage geht auf das duplum. 3) Aus dem Miethcontract. Hier muß ich beweisen, daß der Wirth in culpa levi sey. 4) Aus dem *quasicontractu receptionis* (*[1]). Der Wirth, welcher mich aufnimmt, verspricht mir stillschweigends Sicherheit für meine Sachen. Leide ich also Schaden daran; sie werden gestohlen, oder verdorben: so muß der Wirth dafür stehen. Hier nehme ich weiter nichts zum Grund, als a) ich habe meine Sachen in das Wirthshaus gebracht, und b) Schaden daran gelitten. Ich bekümmere mich also nicht darum, ob der Wirth, ob seine Leute, ob Mitpassagiers, ob andere Menschen den Schaden gethan haben; genug er ist geschehen. Und diese Klage heißt *actio de recepto*, nicht de receptis, wie einige irrig sagen (*[2]). Der Wirth kann sich nur durch zwey Exceptionen schützen; a) wenn er beweißt, daß ich selbst in culpa bin, oder b) daß der Schade durch einen ganz unvermeidlichen Zufall verursacht worden ist (*[3]).

(1) Dies ist die gemeine Lehre. Indessen wollen einige Rechtsgelehrte die Verbindlichkeit des Wirthes vielmehr aus einem wahren Contract herleiten. S. Weber von der natürl. Verbindlichkeit, 1. Abth. 69. S.
(2) Z. E. *Leyser* sp. 66. med. 1. 2. S. *Müller* ad *Leyser* obs. 196.
(3) Diese Klage ist auch heutigestages nicht abgeschafft. *Pufendorf* tom. 4. obs. 150. *Car. Christoph Aug. Vlich* diss. de indole actionis de recepto, Viteb. 1787.

§. 1085. Von unzeitigem Mitleid und Connivenz.

Ein fünftes Quasidelict ist unzeitiges Mitleid, wodurch ich einem schade. Der Fall im angeführten Gesetz ist: man hat einen Sklaven bey mir

deponirt, den man foltern will, ich lasse ihn aus Mitleid entlaufen. Ein sechstes ist die Connivenz bey strafbaren Handlungen, wenn ich ein Verbrechen hätte verhüten sollen und können, und es nicht verhütet habe; z. E. wenn die Obrigkeit Verbrechen der Unterthanen, Eltern Verbrechen der Kinder nicht hindern, die sie doch zu hindern im Stand waren. Auch hier hat actio in factum statt (* 1).

(1) *Püttmann* diss. de crimine conniventiae: Lipsi. 1781.

§. 1086. Heutiger Gebrauch.

Die bisherigen Sätze gelten auch in Deutschland, doch mit folgenden Einschränkungen. 1) An manchen Orten ist das Ausgießen und Werfen auf die Straße völlig verboten, und daher auch strafbar, wenn gleich eine Warnung vorhergegangen ist. Wer Schaden dadurch leidet, kann nur auf den einfachen Ersatz klagen, weil alle actiones in duplum bey uns wegfallen. 3) Die actiones populares auf 50 oder 10 aureos haben in Deutschland auch nicht statt. Wirft Jemand aus Versehen einen Menschen todt, so bestraft ihn die Obrigkeit mit Geld- oder Gefängnißstrafe.

TIT. VI.

DE ACTIONIBUS.

§. 1087. Zusammenhang dieses Titels mit den vorhergehenden.

Das Recht hat dreyerley Gegenstände: Personen, Sachen und Actionen. (§. 60.) Das Personenrecht und Sachenrecht ist nun abgehandelt, und wir gehen zu den Actionen über.

§. 1088. Was ist actio?

Actio, Klage ist ein gerichtliches Zwangsmittel, dessen ich mich gegen einen bediene, an den ich Ansprüche habe, und der mir diese Ansprüche nicht zugesteht. Sie ist nemlich die Vorstellung meines Rechtes bey dem Richter. Wer ausser dem Staat lebt und Unrecht leidet, kann Gewalt gegen den Beleidiger brauchen, Krieg gegen ihn anfangen. Im Staat aber ist dies nicht erlaubt. Wer Ansprüche an einen andern hat, muß sie dem Richter vortragen, er muß klagen, Klage anstellen. Zuweilen aber bedeutet das Wort actio auch das Recht zu klagen. Man sagt z. E. häufig, habeo actionem, competit mihi actio, praetor dat actionem, actio durat 30 annos, actio exspirat. In allen diesen Redensarten bedeutet actio so viel als ius agendi,

das

das Recht, meine Sache bey dem Richter vorzustellen, und in diesem Sinn nimmt Justinian im pr. I. h. t. das Wort, wenn er sagt: actio nihil aliud est, quam ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur (*1).

(1) *Vinn.* ad pr. I. h. t. bemerkt, daß das Wort actio bald in dem weitläuftigsten, bald in weitläuftigem, bald im strengen und bald im strengsten Sinn genommen wird.

§. 1089. Erste Eintheilung der Klagen, von ihrem Zweck hergenommen.

Sieht man auf den Zweck der Klagen, so sind sie entweder petitorische oder possessorische. S. die 67. Tabelle. Wenn ich nemlich auf das Recht selbst klage, so heißt die Klage petitorisch, klage ich aber nur auf den Besitz: so heißt sie possessorisch. Z. E. wenn über die Jagdgerechtigkeit in einem gewissen District Streit entsteht; ich klage, behaupte, daß mir diese Gerechtigkeit zustehe, und bitte, sie mir zuzusprechen: so ist es eine petitorische Klage. Behaupte ich aber nur, daß ich bisher im Besitz der Jagdgerechtigkeit gewesen sey, und bitte den Richter, mich in diesem Besitz zu schützen, oder mich wieder hinein zu setzen: so ist es actio possessoria.

§. 1090. Die zweyte Eintheilung vom Namen.

Die Klagen sind entweder benennte oder unbenennte, die unbenennte entweder *actiones in factum*, oder *praescriptis verbis*, oder *condictiones ex lege*. Nemlich eine Klage ist entweder von einem Gesetz ausdrücklich ertheilt, oder von den Rechtsgelehrten erfunden. Wenn sie vom Gesetz ertheilt ist: so hat sie entweder ihren eigenen Namen, oder nicht. Hat sie keinen eigenen Namen: so heißt sie condictio ex lege. Nemlich es wurde zuweilen durch neue Gesetze ein Recht zu klagen ertheilt, wo vorher keines statt fand; ohne daß in dem Gesetz der Name der Klage bestimmt war, und ohne daß man diese Klage als Gattung einer schon eingeführten und benennten Art von Klagen ansehen konnte. Jetzt nennte man sie condictionem ex lege, nemlich illa lege, qua introducta erat actio (*1). Z. E. L. 35. §. ult. C. de donat. (VIII. 54.) giebt eine Klage aus der Schenkung, wenn diese gleich mit simplen Worten (nudis verbis) geschehen ist. Man stellt daher aus der Schenkung condictionem ex L. 35. §. ult. C. de donat. an, (§. 409. 414.) L. 10. C. de donat. erlaubt, eine Schenkung wegen der Undankbarkeit des donatarii zu revociren. Die Klage, die man zu dem Ende anstellt, heißt deswegen condictio ex lege 10. C. de revoc. donat.

Wenn die Rechtsgelehrten eine Klage eingeführt haben, so liegt sie entweder implicite in einem Gesetz, so daß die Juristen die ausdrücklich von diesem Gesetz ertheilte Klage nur auf einen andern Fall ausgedehnt, und den Namen der Klage beybehalten haben; oder die Rechtsgelehrte haben die Kla-

ge blos aus der Billigkeit hergeleitet. Im ersten Fall heißt sie *actio utilis*; im zweyten *actio in factum* (* 2). Z. E. die Gesetze gestatteten ausdrücklich dem Pupillen eine Klage gegen den Vormund, welche actio tutelae hieß. Die Rechtsgelehrten behaupteten mit Grund, daß diese Gesetze implicite auch dem Minderjährigen eine Klage gegen den Curator ertheilten, und nennten diese Klage actionem tutelae utilem. Die actiones in factum sind entweder *praescriptis verbis*, oder in factum in strengem Verstande. Eine Klage, die aus einemunbenennten Contract entsteht, heißt actio praescriptis verbis, entspringt sie aber aus einer andern Quelle: so heißt sie in factum stricte. Z. E. wenn aus dem Tauschcontract geklagt wird: so ist es eine actio in factum praescriptis verbis; klage ich aber aus einem Quasidelict, (§. 1077. §. 1079. §. 1082. §. 1084.) so heißt die Klage actio in factum sensu stricto.

(1) *Westenberg* de causis obligationum. diss. 4. hat dieses weitläufig und sehr gut ausgeführt.

(2) Woher aber diese Namen? Von dem Namen actio utilis s. *Heineccii* hist. iur lib. I. §. 50. von dem andern actio in factum handeln *Meister* diss. de in factum actionibus §. 19. in opusc. Tom. I. p. 366. *Hommel* rhapsod. Vol. 4. Obs. 537.

§. 1091. Dritte Eintheilung von dem entfernten Fundament.

Sieht man auf das entfernte Fundament der Klagen: so entstehen sie entweder aus einem bürgerlichen Gesetz, oder aus dem Edict des Prätors. Jene heissen *civiles*, diese *praetoriae* (* 1). Z. E. die actio mutui, commodati, emti, venditi u. s. w. sind actiones civiles, denn sie entstehen aus bürgerlichen Gesetzen. Hingegen die actio hypothecaria, de constituta pecunia etc. heissen prätorische, weil sie vom Prätor erfunden sind. Die Civilklagen sind entweder *directae* oder *utiles*. Directa actio heißt, wie ich schon oben (§. 55.) erinnert habe, diejenige, welche sich in den ausdrücklichen Worten der Gesetze gründet; utilis, welche aus dem Gesetz durch eine Folgerung hergeleitet ist, sich auf die Raison des Gesetzes gründet (§. 1090.) (* 2).

Doch haben die Wörter actio directa und utilis zuweilen auch eine andere ganz verschiedene Bedeutung. Nemlich wenn ich einem ein Recht abgetreten habe, ihm Vollmacht gebe, in meinem Namen es einzuklagen, und er es nun als mein Procurator wirklich einklagt: so sagt man: directe agit, actione directa experitur. Wenn ich aber einem das Recht überlassen habe, und er ohne Vollmacht von mir in eigenem Namen daraus klagt: so heißt die Klage actio utilis. Z. E. wenn mir Jemand eine Erbschaft abgekauft hat: so bin ich schuldig ihm Vollmacht zu Eintreibung der ausstehenden Erbschulden zu ertheilen (obligatus sum ad cedendas actiones). Thue ich es: so kann er

directe

directe gegen die Schuldner klagen; thue ich es aber nicht, so stellt er actionem utilem an.

(1) Auch giebt es actiones *aedilitias*, die aus dem Edict des Aedilis (§. 51.) entstehen. Dahin gehört die actio redhibitoria und quanti minoris (§. 734.).
(2) *Zoller* (*Frid. Gottl.*) diss. de actionibus utilibus Lip. 1745. behauptet, das Wort actio utilis sey bey den Alten kein technischer Ausdruck, der eine eigne Art von Klagen bedeute; actio utilis est, heißt, so viel als, die Klage hat statt, oder wie er S. 14. sagt: utilis actio in sensu mere grammatico pro actione efficaci est accipienda. Erit igitur notio τὸ utilis potius praedicatum actionis, quam species, certae actioni, quae directa vocatur, opposita. Ich habe nicht leicht eine ungereimtere Behauptung gelesen.

§. 1092. Vierte Eintheilung vom nächsten Fundament.

Das nächste Fundament einer Klage ist entweder ius personarum oder ius rerum (s. die 67. Tabelle). Klagen, welche aus dem Personenrecht entstehen, heissen actiones *praeiudiciales*. Die aus dem Sachenrecht entspringende werden von einigen *principales* genannt, und gründen sich entweder auf ein dingliches (ius in re), oder auf ein persönliches Recht (ius ad rem). Jene heissen actiones *reales*, oder *vindicationes* sensu generali, auch *petitiones*; diese actiones *personales*, oder *condictiones* sensu generali, oder auch *actiones sensu strictissimo* (*[1]). Die Ursache, warum die aus dem Personenrecht entstehende Klagen actiones praeiudiciales heissen, liegt darinn, weil von der Entscheidung dieser Klagen gewöhnlich viele andere Rechtsfragen abhängen, (hae actiones multis aliis causis *praeiudicium* faciunt). Z. E. von der actione de filiatione, wo die Rede davon ist, ob ich ein Sohn des andern bin, hängen die Fragen ab: ob er mich zu alimentiren schuldig sey; ob er die Rechte der väterlichen Gewalt über mich habe, ob er mich zum Erben ernennen müsse und ich ihn, ob er mich ab intestato erbe und ich ihn ꝛc.

Giebt es aber auch actiones mixtas, die theils aus dem iure in re, theils iure ad rem entstehen? Viele Juristen leugnen es (*[2]). Allein ihre Gründe sind nicht unwiderleglich (*[3]). Es giebt vier Klagen, welche allerdings mixtae sind, nemlich hereditatis petitio, actio finium regundorum, familiae herciscundae und communi dividundo. Bey der hereditatis petitione (§. 705.) gründet sich der Kläger auf das Erbrecht, also auf ein ius in re. Er klagt aber auch aus dem facto administrationis; verlangt, daß der Besitzer der Erbschaft Rechnung ablege; und in dieser Rücksicht ist seine Klage personal. Wer actionem familiae herciscundae anstellt, (§. 708.) verlangt, daß eine bisher ungetheilte Erbschaft vertheilt werde. Er gründet sich auf ein dingliches Recht, ius cohereditarium, verlangt aber zugleich Rechnungsablage, oder auch zuweilen Erstattung seiner Auslagen; dies sind Personalforderungen.

In

In der actione communi dividundo gründet sich der Kläger auf sein Miteigenthum, macht aber auch Personalforderungen, will Rechnung abgelegt, Schaden erstattet haben. (§. 949.) Endlich bey der actione finium regundorum vindicire ich meinen Acker, klage also aus einem iure in re, verlange aber zugleich das Interesse vom andern, wenn er seinen Acker zu weit ausgedehnt hat, klage also auch aus einem Quasicontract, (§. 935.) mithin aus dem iure ad rem. Bey der hereditatis petitione ist freylich das Erbrecht die Hauptsache, sie ist also mehr real als personal (accedit propius ad actiones reales); hingegen bey der actione familiae herciscundae wird das Erbrecht als ausgemacht voraus gesetzt, die Hauptsache sind praestationes personales. Diese Klage ist folglich mehr personell als reell (accedit propius ad personales). Indessen hindert dies nicht, jene sowohl, als diese actionem mixtam zu nennen.

(1) L. 28. D. de oblig. et act. L. 178. §. 2. D. de verb. signif.
(2) *Ant. Faber* coniect. Lib. 20. cap. 10. *Donell.* comment. Lib. 21. cap. 1. *Vultejus*, *Harpprecht*, *Giphanius* ad §. 1. I. h. t. *Humm.* in resolut. Lib. 4. part. 2. Qu. 6. *Zoller* observat. singular. (Lipsi. mens. Iul. 1773) §. 4.
(3) *Bachov.* de act. disp. 2. §. 7. *Heinecc.* ad. *Vinn.* §. 1. h. t. n. 7. pag. 782. In dem §. 20. I. act. und L. 7. C. de heredit. petit. (III. 31.) wird ausdrücklich gesagt, daß es actiones mixtas gebe.

§. 1093. Verzeichniß der Präjudicialklagen.

Die vornehmste Präjudicialklagen haben wir oben kennen gelernt. Sie sind actio de libertate et ingenuitate, (§. 84.) actio de filiatione et patria potestate. (§. 106.) Wer die Präjudicialklagen vollständig kennen lernen will, kann sie bey den Schriftstellern, die von den Klagen eigene Abhandlungen geschrieben haben, z. E. Schmidt (*[1]) finden.

(1) Practisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 218. u. f. f.

§. 1094. Von den Realklagen.

Die Realklagen entstehen aus dem dinglichen Recht; dieses ist entweder Eigenthum, oder Erbrecht, oder Dienstbarkeit, oder Pfandrecht. Daher 1) giebt es auch vier Arten von Realklagen, die sich theils in den Civilgesetzen, theils in dem prätorischen Edict gründen. Z. E. in den Civilgesetzen gründet sich rei vindicatio, hereditatis petitio civilis, actio confessoria und negatoria; in dem prätorischen Edict, actio Publiciana, possessoria hereditatis petitio, actio hypothecaria.

§. 1095. Natur dieser Klagen.

Das dingliche Recht haftet unmittelbar auf der Sache, ohne Rücksicht auf den Besitzer. Daher 2) kann eine Realklage, der Regel nach, gegen jeden Besitzer angestellt werden (*[1]). Daß übrigens auch derjenige als Besitzer ange-

angesehen wird und belangt werden kann, der dolo aufgehört hat zu besitzen, haben wir schon oben gehört. (§. 282.) 3) Wer im Besitz ist, kann keine Realklage anstellen. Denn entweder müßte er klagen, daß ihm ein dingliches Recht zuerkannt, und die Sache herausgegeben werde; das aber wäre widersprechend; oder er klagte, daß dem Beklagten die Sache aberkannt werde, und dieß wäre unnütz; denn wenn die Sache auch meinem Gegner nicht gehört, so ist sie darum nicht mein, und wozu sollte diese Klage dienen, da ich im Besitz bin? Eine Ausnahme hat dieser Satz. Justinian sagt §. 2. I. h. t. ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse (*2). Sane uno casu, qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius adparebit. Ueber diese Worte ist ein grosser Streit entstanden. Man streitet nemlich, ob man nicht lesen müsse: sane *non* uno casu etc. und wenn die gemeine Lesart beybehalten wird, welches der unus casus sey (*3). Da Theophilus in seiner Paraphrase die negatorische Klage als den unum casum angiebt, und das, was man dagegen anführt, wenig Gewicht hat: so halte ich diese Meynung für die einzige wahre. Wenn ich nemlich gleich im Besitz der natürlichen Freyheit bin, so kann ich doch Ursache haben, die Negatorienklage anzustellen. Man denke sich den Fall, daß mir der Nachbar durch mein Haus geht; ich stelle ihn deswegen zur Rede; er behauptet, er habe das Recht durchzugehen. Ich verschließe also mein Haus, um den Durchgang zu verhindern. Weil ich aber fürchte, daß der Nachbar, sobald die Thüre wieder offen stehet, heimlich durchgehen werde, so stelle ich die negatorische Klage an, bitte, dem Nachbar die prätendirte Servitut abzusprechen, alle Turbationen zu untersagen, und ihn desfalls zur Caution anzuhalten. 4) Eben so wenig als der Eigenthümer eine Realklage anstellen kann, wenn er im Besitz ist; eben so wenig kann er eine Personalklage gebrauchen, wenn er den Besitz verlohren hat. Indessen ist auch hier eine Ausnahme, nemlich bey der condictione furtiva. (§. 1030.)

(1) Die Ausnahmen dieser Regel zeigt *Oelze* in progr. de actione reali, adversus quemcumque possessorem non competente, len. 1769.

(2) Die Worte per quam neget, rem *actoris* esse, sind dunkel genug, und einige wollen statt *actoris* gelesen haben *alterius*. *Vinnius* ad h. t. erklärt es so: actoris verbo hic intelligitur is, qui non possidet. Non qui nunc actor sit, sed qui, si hoc casu ageretur, actor esse deberet. Aber wie gezwungen ist dieß!

(3) *Doujat* diss. de uno casu in §. 2. I. de act. apud *Reiz.* Theoph. Tom. 2. pag. 1222. *Sigm. Reich. Iauch* diatrib. ad §. 2. h. t. Dresd. 1703. *Otto* in not. ad h. §. *Dorettus* ad §. 2. I. de act. Lignit. 1737. *Heinnecc.* ad *Vinn.* ibid. *Sammet.* opusc. p. 62. *Walch.* ad *Hopp.* §. 2. h. t.

§. 1096. Verzeichniß der Realklagen.

Aus dem Eigenthumsrecht entsteht die *rei vindicatio* und *actio Publiciana*;

ciana; (§. 344. 345.) aus dem Erbrecht *hereditatis petitio*, (§. 704. u. f. f.) und *querela inofficiosi*; (§. 534. u. f. f.) aus dem Servitutsrecht *actio confessoria*, und gegen dessen Anmassung *actio negatoria* oder *negativa*; (§. 388. u. f. f.) aus dem Pfandrecht *actio Serviana* und *quasi Serviana* oder *actio hypothecaria*. (§. 722. u. f. f.)

§. 1097. 1098. Von Personalklagen.

Die Personalklagen entstehen aus dem iure ad rem. Dieses ist ein Recht, das mir gegen eine gewisse Person zukommt, vermöge dessen diese Person mir etwas zu prästiren schuldig ist. Daraus folgt, 1) daß die Personalklagen nicht gegen jeden Besitzer angestellt werden können, sondern nur gegen die verpflichtete Person; 2) daß sie alle eine Verbindlichkeit voraussetzen.

Eine wichtige Frage ist, ob jede vollkommene Verbindlichkeit, jede Verbindlichkeit zu deren Erfüllung mich einer nach dem Naturrecht zwingen kann, eine Klage hervorbringe; oder ob nur die Verbindlichkeiten diesen Effect haben, welche in den Römischen Gesetzen ausdrücklich bestätigt sind? Die gemeine Meynung ist, daß nur die letztere eine Klage produciren. Ein neuer Schriftsteller (* [1]) hat diese Meynung bestritten. Seine Gründe aber überzeugen mich nicht. Das gebe ich indessen zu, daß heutigestages aus jeder vollkommenen natürlichen Verbindlichkeit, wenn die bürgerlichen Gesetze nicht ein anders verordnen, eine Klage statt finde.

Einige Personalklagen haben die besondere Natur, daß sie gegen jeden Besitzer angestellt werden können; sie heissen actiones in rem scriptae. Also actio in rem scripta ist eine Klage, die ihrer Natur nach zwar nur personell, aber von den Gesetzen gleichwohl so qualificirt ist, daß sie gegen jeden Besitzer angestellt werden kann. Dahin gehört actio Paulliana, (§. 1102.) quod metus causa, (§. 1006.) actiones noxales, (§ 1161.) actio ad exhibendum, (§. 1100.) actio aquae pluviae arcendae. Diese letzte stelle ich an, wenn der Besitzer eines höher liegenden Ackers, etwas vornimmt, z. E. einen Damm aufwirft, einen Graben zieht, welches macht, daß das Regenwasser auf mein Feld nicht seinen natürlichen Abfluß hat, sondern mit Gewalt an Einem Ort allein herunter schießt, und mir Schaden thut. Wenn nemlich Felder an dem Abhang eines Berges liegen, so sind die unten liegende mit der natürlichen Dienstbarkeit (servitute naturaliter constituta), beschwert, daß sie das Wasser, welches von den obern abfließt, aufnehmen müssen. Solang also das Wasser seinen natürlichen Abfluß hat, können sich die Eigenthümer der tiefer liegenden Feldstücke nicht beschweren. Sobald hingegen die Eigenthümer der obern Stücke etwas anlegen, welches den natürlichen Lauf des Regenwassers ändert, und für die untern Felder schädlicher macht, so haben diese ein Recht zu klagen.

(1) Adolph

(1) Adolph Diter. Weber in s. Entwicklung der Lehre von der natürl. Verbindlichk. 1. Abth. 116. u. f. f. S. Sein Hauptargument ist, daß in solchen Fällen, wo eine natürliche Verbindlichkeit vorhanden gewesen, und es an einer Klage gefehlt habe, man immer noch zur actione in factum habe greifen können. Allein daß diese Klage in allen Fällen zugelassen worden ist, wo nach dem Naturrecht eine Zwangsbefugniß eintritt, und eine andere Klage ermangelt, kann man nicht zugeben. Wie hätte sonst der Jurist in dem Fall der L. 32. D. de reb. cred. zweifeln können, ob eine Klage Platz greife? (S. §. 1102.) Nach der gesunden Vernunft hat im Fall der L. 33. D. de condict. indeb. der bonae fidei Besitzer unstreitig ein Recht die Baukosten zu repetiren, und doch heißt es dort, *nullo modo*, *quam per retentionem*, impensas servare potest. Man sehe auch L. 48. D. de rei vind. und L. 14. §. 1. vers. hoc enim casu D. commun. divid. Die Juristen versuchten es freylich, und schlugen in solchen Fällen, wo es die Billigkeit erforderte, und die Rechtsanalogie erlaubte, Klagen vor. Servius respondit, heißt es in der L. 21. pr. D. de negot. gest. aequum esse, Praetorem in eum reddere iudicium. Allein nun kam es darauf an, ob der Prätor dieser Billigkeit wegen die Klage zuließ. That er es und die Klage wurde einigemal in den Gerichten durchgesetzt, so hatte sie den Gerichtsbrauch, ein ius non scriptum für sich, und nun ließ sich nichts mehr dagegen sagen. Wie aber, wenn der Prätor die Klage verwarf, si non reddebat iudicium? Begieng er darinn eine Ungerechtigkeit, handelte er gegen die Gesetze? Dieß möchte ich nicht behaupten.

§. 1099. Eintheilung derselben.

Die Personalklagen gründen sich auf eine Verbindlichkeit. Diese entsteht entweder aus einem *facto obligatorio*, (das heißt aus einer Convention oder einem Verbrechen, (oder unmittelbar aus der Billigkeit. Daher giebt es zweyerley Personalklagen, einige gründen sich auf ein obligatorisches Factum, und diese heissen *nativae* (quia nascuntur ex facto); andere werden unmittelbar vom Gesetz, der Billigkeit wegen, gegeben, und heissen daher actiones *dativae* (quia dantur a lege).

§. 1100. Von den dativis.

Die actiones dativas giebt meistens der Prätor oder Aedilis, selten ein Civilgesetz. Folgende Klagen gehören in diese Classe: 1) *actio ad exhibendum*. Sie setzt voraus, daß Jemand eine Sache besitzt, daß mir daran gelegen ist, sie zu sehen, weil mir eine solche Sache abhanden gekommen ist, und ich daher wissen möchte, ob er die meinige besitze, und ob ich ihn folglich mit Grund belangen könne, oder nicht. Wenn ich nun in diesem Fall klage, verlange, daß mir der Besitzer die Sache vorzeige, oder wenn er sich dessen dolose weigert; mir das Interesse prästire: so heißt die Klage actio ad exhibendum. 2) Actio in factum de edendo. Die argentarii, (§. 852.) welche davon Profession machten, Geld auf Zinsen auszuleihen, und Münzen zu verwechseln, wurden auch bey allen wichtigen Contracten als Makler zugezogen. Sie führ-

ten Protocolle, in die sie alles eintrugen, was in ihrem Beysenn verhandelt wurde. War mir nun daran gelegen, ein solches Protocoll einzusehen, so konnte ich den argentarium auf dessen Vorzeigung actione de edendo belangen (* 1). 3) Actio redhibitoria und quanti minoris. Diese sind schon §. 734. erklärt.

(1) S. Voorda interpret. lib. 3. cap. 8.

§. 1101. Fortsetzung.

Auch 4) die actio quod metus, die actio doli und die Klage, welche aus der restitutione minorum entsteht, die aber keinen recipirten Namen hat (einige nennen sie actionem aetatis), sind actiones dativae, denn sie werden sämmtlich vom Prätor, der Billigkeit wegen, gegeben. Im §. 1006. 1008. und 1009. sind sie erklärt worden.

§. 1102. Fortsetzung.

Aus der Billigkeit, oder wie andere wollen, aus einem Quasicontracte, entsteht 5) die *condictio sine causa*; (§. 957.) 6) die actio *Paulliana* oder *revocatoria*. Sie setzt voraus, daß ein concursmäsiger Schuldner etwas von seinen Sachen veräussert, z. E. verschenkt, oder um einen Spottpreis verkauft. Die Gläubiger stellen also eine Klage an, und fordern die Sache zurück (* 1). Eine Aehnlichkeit mit dieser Klage haben die actiones *Faviana* und *Calvisiana*. (§. 1193.) Endlich entsteht auch aus der Billigkeit die berühmte condictio ex L. 32. D. de reb. cred. welches Gesetz die Alten legem aueam, aureis literis scribendam, speculum aureum, legem divinam etc. nennen (* 2). Der Fall ist dieser: A. spricht mich und den Titius um ein Gelddarlehn an. Ich gebe einem, der mir schuldig ist, Ordre, dem A. die verlangte Summe zu bezahlen. Dieser bezahlt sie auch. Allein A. glaubt, daß das Geld auf Ordre des Titius bezahlt worden, daß er also nicht mein, sondern des Titius Schuldner sey. Hier kann ich die actionem mutui gegen den A. nicht anstellen, denn ich habe wirklich nicht mit ihm contrahirt. Weil er aber doch das Geld von meinem Schuldner erhalten hat: so giebt mir das Gesetz, der offenbaren Billigkeit wegen, eine Klage, und diese heißt *condictio ex L. 32. de reb. cred.* oder, wie sie Conradi nennt, condictio *Iuventiana*, weil das Gesetz aus dem Juventius Celsus genommen ist (* 3).

(1) Wenn ein Schuldner, welchem die Disposition über sein Vermögen durch Erlassung der Edictalcitation, Abtrettung der Güter, Verhängung eines Arrestes ꝛc. schon genommen ist, etwas veräussert, so ist die Veräusserung null, und es bedarf der Paullianischen Klage nicht. *Oelze* diss. de creditore sibi vigilante, cap. 1. §. 5. sqq. Wie aber, wenn ein Verschuldeter einen seiner Creditoren bezahlt, können die übrigen Gläubiger fordern, daß die bezahlte Summe zur Masse zurück geliefert werde? Wenn die Zahlung zu der Zeit geschah, als der Schuldner

Schuldner über sein Vermögen nicht mehr disponiren konnte, so ist sie nichtig, und das Gezahlte muß zurückgegeben werden. Hatte aber der Schuldner zur Zeit der Zahlung noch die Verwaltung des Seinigen, so bezahlt er entweder einem Gläubiger, welcher vorzüglich auf die Zahlung dringt (creditori vigilanti), oder einem andern. Jener ist nicht schuldig, das Geld zurück zu zahlen, wohl aber dieser. L. 6. §. 2. de reb. auct. iud. possid. Strube rechtl. Bed. 1. Band, 248. S. *Oelze* l. c. cap. 2.

(2) Die Worte sind: Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse: an mihi obligaris? Subsisto, siquidem nullum negotium mecum contraxisti; sed propius est, ut obligari te existimem; non quia pecuniam tibi credidi, hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest; sed quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est. *Marckart* probabil. receptar. iur civ. lect. part. 1. pag. 77.

(3) Man s. von dieser Klage auch *Westenberg* de cauf. obligat. diss. 3. cap. 2. *Pufendorf* tom. 2. obs. 183. sqq. *Died. Gotthard Eckard* diss. de condict. ex L. 32. D. de reb. cred. Lips. 1729.

§. 1103. Von den Nativklagen.

Die Nativklagen entstehen entweder aus einem **Verbrechen**, oder aus einer **Convention**; die letztere entweder aus einem **Contract**, oder aus einem *pacto non nudo*. Pacta nuda wirkten bey den Römern keine Klage. Heutigestags aber entsteht aus allen Verträgen, welche die nach dem Naturrecht zu einem giltigen Vertrag nöthige Eigenschaften haben, und nicht durch ein Specialgesetz für ungiltig erklärt sind, eine Action. Wie man sie nennen will, ist einerley. Einige nennen sie *condictionem ex stipulatu*, weil alle Verträge eben so giltig, als eine Stipulation sind; andere *condictionem ex lege*, *condictionem ex moribus*; *actionem ex pacto*.

§. 1104. Klagen aus den pactis legitimis und adiectis.

Die pacta non nuda sind entweder legitima, oder praetoria, oder adiecta. Aus den pactis legitimis entspringt die *condictio ex lege*. (§. 1090.) Aus den adiectis wird diese Klage angestellt, die aus dem Contract entsteht, welchem das pactum beygefügt ist; z. E. das pactum einem Kaufcontract angehängt ist: so wird actio emti oder venditi daraus angestellt, u. s. w.

§. 1105. Klagen aus den pactis praetoriis.

Prätorische Verträge sind *hypotheca*, *constitutum* und *delatio iuramenti extraiudicialis*. (§. 747.) Aus der Hypothek, weil sie ein dingliches Recht giebt, entsteht keine Personal-, sondern die Realklage, *actio Serviana* und *quasi Serviana*. (§. 722.) Aus dem constituto *actio de constituta pecunia*. (§. 847.) In älteren Zeiten gehörte auch die *actio receptitia* hierher. Wenn ein Argentarius versprach, das, was ein anderer schuldig war, zu bezahlen:

so hieß das Versprechen *receptum*, und der Argentarius konnte daraus *actione receptitia* belangt werden. In der Folge aber führte der Prätor ein, daß jeder Bürger aus einem solchen Versprechen: in so fern es *res fungibiles* beträfe, sollte belangt werden können. Justinian dehnte dies auf alle Arten von Sachen aus, und nun war die actio receptitia überflüssig (*[1]).

(1) *Hubert*. diss. 2. de argentariis, cap. 2. in *Oelrichs* thes. diss. Belg. vol. 2. tom. 1. p. 120. sqq.

§. 1106. Von der Klage aus dem Eid.

Ein Eid hatte nach den Römischen Civilgesetzen nicht mehr Wirkung, als ein pactum nudum, das heißt, wenn Jemand eine Forderung an mich machte, ich erklärte, daß ich ihn bezahlen wolle, wenn er die Forderung beschwöre, und er wirklich schwor: so konnte ich nicht auf die Zahlung belangt werden. Aber der Prätor ertheilte gegen mich eine Klage: *actionem in factum ex iureiurando*.

§. 1107. Klagen aus den Contracten.

Die Contracte sind entweder wahre oder Quasicontracte; (§. 748.) die wahre entweder benennte oder ungenannte; (§. 749.) die benennte entweder *reales*, oder *verbales*, oder *litterales*, oder *consensuales*. (§. 750.)

§. 1108. Und zwar aus den Realcontracten.

Der benennten Realcontracte sind vier: *mutuum*, *commodatum*, *depositum*, *pignus*. Aus dem mutuo entsteht *condictio certi ex mutuo* oder *actio mutui*. (§. 769.) Aus dem Commodat actio commodati directa und contraria. (§. 776.) Aus dem depolito actio depositi directa und contraria. (§. 787.) Aus dem Pfandcontract actio pignoratitia directa und contraria; (§. 797.) auch interdictum Salvianum und quasi Salvianum, wovon §. 1213. gehandelt werden wird.

§. 1109. Aus den Verbal- und Litteralcontracten.

Aus dem Verbalcontract der Stipulation wird condictio certi und incerti ex stipulatu, (§. 809) aus dem Litteralcontract condictio ex chirographo angestellt. (§. 857.)

§. 1110. Aus den Consensualcontracten.

Der Consensualcontracte sind fünf: emtio venditio, locatio conductio, societas, mandatum, emphyteusis. Die emtio giebt *actionem emti et venditi*, (§. 874.) die locatio conductio *actionem locati et conducti*; (§. 893.) die societas actionem *pro socio*; (§. 916.) das mandatum *actionem mandati directam*

und

und *contrariam*; (§. 929.) und die emphyteusis *actionem emphyteuticariam directam* und *contrariam*. (§. 903.)

§. 1111. Aus den ungenannten.

Aus allen ungenannten Contracten entsteht nur Eine Klage, welche *actio in factum praescriptis verbis* heißt. (§. 801.) Diese Contracte veranlassen aber auch zuweilen noch eine andere Klage, die condictionem causa data, causa non secuta. (§. 957.)

§. 1112. Aus den Quasicontracten.

Aus den Quasicontracten entstehen folgende Klagen: 1) aus der negotiorum gestione die *actio negotiorum gestorum directa* und *contraria*. (§. 940.) 2) Aus der Tutel *actio tutelae directa* und *contraria*. (§. 943.) 3) Aus der Administration einer gemeinschaftlichen Erbschaft *actio familiae herciscundae*. (§. 708.) 4) Aus der Administration einer einzelnen gemeinschaftlichen Sache *actio communi dividundo*. (§. 949.) Doch sind diese beyde Klagen actiones mixtae, sie gründen sich zum Theil auf ein dingliches Recht. (§. 1092.) 5) Aus der Erbschaftsantretung *actio personalis ex testamento*. (§. 952.) 6) Aus der indebiti solutione *condictio indebiti*. (§. 956.) 7) Aus der Aufnahme in ein Wirthshaus, Schiff, Stall, *actio in factum de recepto*. (§. 1084.) Aus der Besorgung einer Beerdigung *actio funeraria*. Wenn ich nemlich einen Menschen begraben lasse, den ich begraben zu lassen nicht schuldig bin: so kann ich gegen den, welchem diese Pflicht oblag, und gegen seine Erben auf die Erstattung der Kosten klagen (* 1).

(1) Der Grund dieser Klage ist entweder negotiorum gestio, oder wie andere wollen, fictum defuncti mandatum. *Püttmann* opusc. p. 290.

§. 1113. Klagen aus Verbrechen.

Die delicta sind entweder vera oder quasidelicta; entweder publica oder privata; entweder ordinaria oder extraordinaria. Von den publicis delictis handelt der letzte Titel dieses Buchs, von den extraordinariis wird in den Pandecten gehandelt; also gehören nur die Privatverbrechen hierher.

§. 1114. Aus den Privatverbrechen.

Aus dem Diebstahl entsteht *condictio furtiva* (§. 1030.) und *actio furti*. (§. 1031.) Aus dem Raub *actio vi bonorum raptorum* und *actio furti*. (§. 1042.) Aus dem damno iniuria dato *actio legis Aquiliae*. (§. 1052. 1056.) Aus den Injurien *actio iniuriarum aestimatoria*, *persecutio criminalis* und *actio ex lege Cornelia*. (§. 1067. u. f. f.)

§. 1115.

§. 1115. Fortsetzung.

Auch gehört noch hieher 1) *actio de albo corrupto.* Die Magistratspersonen machten ihre Edicte *in albo* bekannt, das heißt nach der richtigen Erklärung auf einer ausgehängten weissen Tafel. Wenn sich nun Jemand an dieser Tafel vergieng; sie zerschlug, befleckte, wegtrug u. s. w. so konnte Jeder aus dem Volk gegen ihn actionem de albo corrupto anstellen, auf eine Strafe von 500 aureis, die der Ankläger bekam. Heutigestags wird einer, der sich an obrigkeitlichen Programmen vergeht, mit einer fiscalischen Strafe, Geldstrafe, Gefängniß u. dgl. belegt, aber die actio de albo corrupto auf 500 aureos, fällt weg.

2) *Actio in factum contra eum, qui ius iniquum statuerat aut impetraverat.* Wenn a) ein magistratus während seines Amtes in einem gewissen Fall etwas unbilliges statuirt hatte, und nach niedergelegtem Amt in denselben Fall kam: so mußte er den unbilligen Satz jetzt auch als Recht gegen sich gelten lassen. Desgleichen b) wenn mein Gegner in einem Proceß etwas unbilliges gegen mich erhalten hatte: so konnte ich verlangen, daß er bey anderer Gelegenheit diese Unbilligkeit auch wieder gegen sich gelten lassen mußte. Ja endlich c) wenn A. mit B. einen Proceß gehabt, und darinn ein unbilliges Recht impetrirt hatte, jetzt aber mit C. Proceß bekam, so konnte C. darauf dringen, daß A. in diesem Streit das unbillige Recht gegen sich gelten lasse (*[1]). Dies gründet sich auf die Regel: quod quisque iuris in alium statuerit, eodem et ipse utatur. Ob aber in dem einen und andern Fall eine eigne Klage nöthig war, daran zweifle ich.

3) *Actio in factum contra eum, qui ius dicenti non obtemperaverat.* Wenn Jemand sich der Execution, die der magistratus verhängt hatte, widersetzte, *si quod extremum in iurisdictione est, non fecit* (*[2]): so konnte der Gegentheil eine Klage anstellen *ad id quanti ea res erat*, wie Ulpian (*[3]) sagt, das heißt nach der richtigern Erklärung, auf eine arbiträre Strafe (*[4]). Wenn heutigestags sich Jemand der Execution des Rechtes widersetzt, so wird er mit einer Leibes- oder Gefängniß- oder Geldstrafe belegt, welche die Obrigkeit dictirt, ohne daß der Gegentheil darauf zu klagen braucht.

4) *Actio in factum contra eum, qui in ius vocatum vi exemit.* In den ältern Zeiten Roms wurde der Beklagte nicht durch Gerichtsdiener vor den Prätor gefordert, sondern wer Jemand belangen wollte, forderte ihn selbst vor. Wollte er nicht gutwillig mitgehen: so konnte man ihn mit Gewalt hinschleppen. Wenn ich dieses thun wollte; aber ein Dritter dem Beklagten zu Hülfe kam, ihn aus meinen Händen befreyete, und ich dadurch Schaden litt, weil z. E. der Schuldner sich unsichtbar machte: so konnte ich diesen Dritten auf das Interesse belangen.

5) *Actio*

5) *Actio in factum contra eum, per quem factum est, quo minus quis in iudicio se sistat.* Wenn der Beklagte vor den iudex pedaneus auf einen gewissen Tag citirt worden war, ein Dritter aber ihn aus Vorsatz und Gefährde abhielt, zu erscheinen, und ich dadurch Schaden litte: so konnte ich ebenfalls gegen den Dritten auf das Interesse klagen.

(1) L. 3. §. 2. D. quod quisque iuris.
(2) L. 1. §. 1. si quis ius dic. non obtemp.
(3) L. 1. §. 4. D. tit.
(4) Man s. von dieser Klage *Perenon.* animadvers. lib. 1. cap. 20. in thesaur. *Otton.* tom. 1. p. 615. *Os. Aurel.* de variant. Cuiacii, dispunct. 6. in thesaur. *Otton.* tom. 3. p. 708. *Grangiani* paradox. cap. 47. in thesaur. *Meermann.* tom, 5. p. 637. *Iac. Voorda* diss. ad L. un si quis ius dicenti non obtemp. in *Oelrichs* thesaur. diss. Belgicar. tom. 1. vol. 2. *Trendelenburg* diss. ad eamd. leg. Bützov. 1765.

§. 1116. Fortsetzung.

6) *Actio in factum de calumniatoribus.* *Calumnia* heißt bey den Juristen eine dolose Handlung, da man einen unter dem Schein des Rechts beleidigt, kurz eine Schicane (*1). Hier aber ist von einer besondern Gattung der calumniae die Rede, wenn man a) einem Geld oder Geldeswerth giebt, daß er einem Dritten einen schicanösen Proceß anzetteln soll; oder b) wenn jemand einen solchen Proceß anstellen will, und Geld nimmt, damit er es unterlasse. Der nemlich, welcher in dem ersten oder andern Fall etwas bekommt, heißt *Calumniator.* Nach Verschiedenheit der Umstände haben verschiedene Klagen statt. a) Wenn A. dem B. das Geld zu dem Ende gegeben hat, um ihn zu einem ungerechten Proceß gegen mich den C. zu bewegen: so kann ich den Gebenden A. actione iniuriarum, und den Empfänger B. actione de calumniatoribus belangen. Diese Klage geht auf eine poenam quadrupli dessen, was der Beklagte empfangen hat, wenn ich sie binnen Einem Jahr (vom Tag der Wissenschaft an), auf das simplum aber, wenn ich sie nach Verlauf des Jahrs anstelle. b) Hat aber A. dem B. das Geld gegeben, daß er mir dem C. keinen ungerechten Proceß errege: so kann A. es condictione ob turpem causam zurück fordern, und ich actionem de calumniatoribus gegen den B. anstellen. Endlich c) wenn ich selbst dem A. Geld gebe, daß er mich nicht schicaniren möge: so kann ich ihn actione de calumniatoribus belangen.

7) *Condictio ob turpem causam.* (§. 957.) Sie kann aber auch aus einer andern Quelle, der Billigkeit nemlich hergeleitet werden.

8) *Actio de servo corrupto.* Wenn einer meinen Sklaven oder Sklavin zu bösen Handlungen verführt, und ich Schaden dadurch leide: so kann ich auf die doppelte Ersetzung klagen.

9) *Actio in factum contra mensorem.* Wenn ich das Maaß eines Stück Feldes wissen möchte, zu dem Ende es durch einen Feldmesser messen lasse, dieser mir dolo oder culpa lata ein unrichtiges Maaß angiebt, und ich dadurch Schaden leide; indem ich es entweder zu theuer kaufe, oder zu wohlfeil verkaufe: so kann ich von dem Feldmesser die Schadensersetzung fordern.

(1) Von calvo oder calvor, betrügen, quia per frustrationem et fraudem alios vexant litibus. L. 233. D. de V. S.

§. 1117. Fortsetzung.

Endlich gehören auch hieher 10) die *actio rerum amotarum*; (§. 1021.) 11) *actio de suspectis tutoribus* oder *accusatio tutoris suspecti*; (§. 250.) 12) *actio rationibus distrahendis.* (§. 220.)

§. 1118. Aus den Quasidelicten.

Aus allen Quasidelicten entsteht Eine gemeinschaftliche Klage, die actio in factum, die aber freylich nach Verschiedenheit des Delicts auch verschiedene Eigenschaften hat, wie wir bey den einzelnen Quasidelicten im 5. Titel dieses Buchs gesehen haben.

§. 1119. Fünfte Eintheilung der Klagen von dem Gegenstand und zwar in Rücksicht auf dessen Qualität hergenommen.

Die Klagen sind, wenn man auf ihren Gegenstand, und zwar dessen Qualität sieht, entweder rei *persecutoriae*, oder *poenales*, oder *mixtae.* Nemlich wenn ich das, worauf ich ein ius in re habe, oder was mir ein anderer versprochen hat, oder was ich durch des andern Schuld verlohren habe, fordre: so heißt die Klage rei persecutoria; fordre ich aber eine Summe Geld zur Strafe für das delictum des andern; so heißt sie poenae persecutoria. Und endlich, wenn ich auf eine Summe klage, in der zugleich meine Entschädigung und Strafe für des Beklagten Vergehen enthalten ist: so heißt es actio rei et poenae persecutoria oder mixta.

Diese mixtae sind wieder zweyerley, entweder *mixtae ab utraque parte*; oder *mixtae a sola parte actoris.* Nemlich mixta ab utraque parte ist, wenn der Beklagte das, was er durch das delictum bekommen hat, herausgeben, und noch eine Strafe dabey bezahlen muß; z. E. die actio vi bonorum raptorum. Mixta a parte sola actoris aber ist alsdenn die Klage, wenn der Beklagte nichts durch das delictum acquirirt hat, und doch nicht nur dem Kläger den Schaden ersetzen, sondern auch eine Strafe erlegen muß. Dahin gehört z. E. actio de servo corrupto. (§. 1116.) Unter den Pönalklagen giebt es eine gewisse Gattung, von denen man sagt: daß sie blos ad vindictam gehen. Ihre Beschaffenheit ist oben §. 1016. erklärt. Auch giebt es gewisse Pönalklagen,

die

die Jeder aus dem Volk anstellen kann; sie heissen daher *actiones populares.* Exempel kommen im §. 1082. und 1115. I. vor.

§. 1120. Von den actionibus rei persecutoriis.

Rei persecutoriae sind also 1) alle Realklagen; (§. 1096.) 2) alle Klagen aus Contracten und pactis, ausgenommen die Klage aus dem deposito miserabili, wenn es der depositarius leugnet, denn sie geht auf das duplum, (§. 785.) ist also rei et poenae persecutoria. 3) *Condictio furtiva* (§. 1030.) und *rerum amotarum.* (§. 1021.)

§. 1121. Von den Pönal- und vermischten Klagen.

Pönalklagen sind die meisten, welche aus delictis entstehen; als *actio furti*, *actio iniuriarum*, *de albo corrupto*, actio *in factum de suspenso vel posito*, (1081.) *actio contra dejicientem in* 50 *aureos.* (§. 1079.) Mixtae sind die *actio vi bonorum raptorum*, (§. 1042.) *ex lege Aquilia*, (§. 1052.) und *actio de legatis venerabilibus locis vel ecclesiae relictis.* Wenn einer Kirche oder milden Stiftung, z. E. Hospital, Waysenhaus ein Vermächtniß hinterlassen ist, und der Erbe es nicht gutwillig auszahlt, sondern den Legatar zu klagen nöthigt, so muß er das Legat doppelt bezahlen.

§. 1122. Sechste Eintheilung der Klagen, hergenommen vom Gegenstand in Absicht auf dessen Quantität.

Wenn man bey den Klagen auf die Quantität des Gegenstandes sieht: so gehen sie entweder auf das einfache, oder doppelte, oder dreyfache, oder vierfache.

§. 1123. Klagen, die auf das Einfache gehen.

Auf das Einfache sind gerichtet 1) alle actiones rei persecutoriae; 2) einige actiones poenales und mixtae, wenn sie erst nach Verlauf eines Jahres angestellt werden. Dahin gehört *actio de calumniatoribus*, (§. 1116.) und *vi bonorum raptorum.* (§. 1042.)

§. 1124. Klagen auf das Doppelte.

Auf das Doppelte gehen einige Klagen sogleich, andere erst alsdenn, wenn der Beklagte die Schuld leugnet, oder abzutragen verzögert. Von der ersten Art sind *actio furti nec manifesti* (§. 1031.) und *servi corrupti.* (§. 1116.) Erst durch das Leugnen wachsen auf das Doppelte die *actio ex lege Aquilia* (§. 1058.) und *ex deposito miserabili.* (§. 785.) Die blose Verzögerung verpflichtet zur doppelten Zahlung bey den Vermächtnissen, die einer Kirche oder milden Stiftung hinterlassen sind.

§. 1125. Auf das Dreyfache.

Auf das Dreyfache geht eine Klage in folgendem Fall: die Klagschriften wurden in den neuern Zeiten Roms, so wie bey uns, durch Gerichtsdiener insinuirt, welche *viatores* hiessen. Der Beklagte mußte ihnen für die Insinuation ihre Gebühren bezahlen, die sich nach dem Object des Processes richteten, nemlich ein halbes Procent davon ausmachen. Z. E. ich klagte auf 100 aureos, hier zahlte der Beklagte einen halben aureum Insinuationsgebühr. Wenn nun der Kläger eine größere Summe in die Klagschrift gesetzt hatte, als ihm zukam, und der Beklagte daher auch dem Gerichtsdiener zu viel bezahlt hatte, so konnte er das zuviel bezahlte dreyfach vom Kläger zurückfordern.

§. 1126. Auf das Vierfache.

Endlich giebt es auch Klagen auf das Vierfache. Dergleichen sind gleich anfangs die *actio furti manifesti*, (§. 1003.) *actio de calumniatoribus*, (§. 1116.) *actio vi bonorum raptorum*, (§. 1042.) und die Klage gegen die Gerichtsboten, die zuviel Sporteln genommen hatten. Sie mußten das zur Ungebühr Abgenommene viersach zurück zahlen. Die *actio quod metus* wird anfangs nur auf das simplum gerichtet; wenn aber der Beklagte die Sentenz des Richters, worinn ihm die Restitution der dem Kläger abgezwungenen Sache auferlegt wird, nicht gutwillig befolgt: so wird er auf das Vierfache condemnirt.

§. 1127. Vom heutigen Gebrauch der Pönalklagen.

Es ist eine sehr bestrittene Frage: ob die Klagen auf das Doppelte, Drey- oder Vierfache auch in Deutschland statt finden? Einige Juristen (*1) behaupten es, weil das Römische Recht in complexu recipirt, kein contrares Deutsches Gesetz vorhanden, und diese Strafen unserer Verfassung nicht entgegen seyen. Allein andere (*2) behäupten aus besseren Gründen das Gegentheil. Denn in Deutschland hat man von jeher die Geldstrafen als Vortheile der Gerichtsbarkeit angesehen, und in den Fällen Fiskalstrafen gesetzt, wo die Römer Privatstrafen hatten. Nun kann man aber einen wegen eines Vergehens doch unmöglich mit doppelter Strafe belegen. Kein ausdrückliches Gesetz gegen die Pönalklagen ist freylich vorhanden, aber der Nichtgebrauch (desuetudo legis), hat dieselbe Wirkung, wie eine ausdrückliche Verordnung.

(1) *Brunnemann* ad L. ult. D. de calumniator. *Schilter* ex. 19. th. 74. *Berger* comment. de usu action. tum rei persecutor. tum imprimis poenalium, Lipf. 1706. *I. H. Boehmer* diss. de except. met. iniust. cap. 2. §. 14. ex. ad Pand. vol. 5. p. 796. sqq. *Wernher* part. 3. obs. 24. *Leyser* sp. 56. m. 1.

(2) *Struv.* ex 7. th. 60. *Thomasius* l. c. *Cocceii* iur. contr. tit. de calum. qu. 1. et tit. de oblig. et act, qu. 10. *Boehmer* de act. sect. 1. cap. 3. §. 11. *Pufendorf*

dorf proc. crim. cap. 1. *Io. Gottl. Gonne* diſſ. de poenis lucro actoris eedentibus, Erlang. 1747. Schmidt Lehrbuch von Klagen, §. 44. *Müller* ad *Leyſer* tom. 1. faſcic. 1. obſ. 38.

§. 1128. Siebende Eintheilung in Rückſicht auf die Macht des Judex.

Die Klagen ſind, wenn man auf die dem Judex dabey zuſtehende Gewalt ſieht, entweder *ſtricti iuris*, oder *bonae fidei*. Zum Verſtand dieſer Diſtinction bemerke man: 1) ſie iſt keine allgemeine Eintheilung aller Klagen; nur die, welche aus Contracten und Quaſicontracten entſtehen, werden auf dieſe Weiſe diſtinguirt (*[1]). 2) Stricti iuris actio heißt eine Klage, bey welcher der iudex pedaneus blos auf die Worte des Contractes ſieht, dem Kläger nichts zuerkennt, als was ihm ausdrücklich verſprochen worden iſt; *bonae fidei*, bey der mehr auf die Billigkeit, als auf das ſtrenge Recht geſehen wird, und wo der Richter auch das adjudicirt, was nicht mit deutlichen Worten verſprochen, ſondern aus dem Grund übergangen worden iſt, weil es in dieſer Art Geſchäfte ſo gewöhnlich iſt, daß ein Contrahent es auszubedingen für unnöthig hält.

In der Anmerkung wird dies aus den Römiſchen Alterthümern noch näher erklärt. Die obrigkeitliche Perſon, welcher die Jurisdiction, das heißt, die Gerichtsbarkeit in Civilſachen zuſtand, war der Prätor. Dieſer aber war nicht im Stand, alle vor ihn gebrachte Proceſſe ſelbſt zu entſcheiden. Er hatte daher viele Beyſitzer, welche Iudices hieſſen. Dieſen gab er die Unterſuchung einzelner Sachen auf. Alle Sachen wurden zuerſt vor dem Prätor angebracht, und ganz ſummariſch mündlich verhandelt. Nun entſchied ſie der Prätor entweder ſelbſt, wenn ſie ganz klar waren (extra ordinem iudicabat), oder beſtellte einen oder einige ſeiner Beyſitzer zur Unterſuchung und Entſcheidung (iudicem dabat). Dieſen Beyſitzern gab er eine Inſtruction, wornach ſie die Sache entſcheiden ſollten. In den negotiis ſtricti iuris hieß dieſe Inſtruction alſo: ſi paret: (das heißt adparet) Titium centum ex ſtipulatu debere, tu illum in centum condemna. Hingegen bey den negotiis bonae fidei lautete ſie folgendergeſtalt: ſi paret, Titium Mevio ex locato debere, tum quantum Titium Mevio ob eam rem dare oportet ex fide bona, tanti damnetur. Hier konnte alſo der iudex Verzugszinſen, Früchte und alles, was die Billigkeit erforderte, adjudiciren, welches bey den actionibus ſtricti iuris nicht angieng.

(1) *Franzk.* ex. 13. qu. 8. *Boehmer* de act. ſect. 1. cap. 3. §. 13. *Gundling* de uſu pract. act. bonae fidei et ſtricti iur. cap. 1. §. 38.

§. 1129. Welche Klagen waren bonae fidei actiones?

Bis daher iſt alles deutlich und ausgemacht, aber wenn nun 3) die Fragen entſtehen, a) welche Klagen actiones bonae fidei waren, und welche nicht;

b) was das Fundament dieser Eintheilung sey: so ist die Antwort schwer zu geben. Die meisten Juristen antworten auf die erste dieser Fragen: die Klagen, welche im §. 28. I. h. t. specificirt sind, seyen bonae fidei, alle andere aber stricti iuris. Es heißt nemlich an diesem Ort: actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris. Bonae fidei sunt hae: ex emto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pignoratitia, familiae herciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio. Allein diese Meynung setzt voraus, daß die Verfertiger der Institutionen ein vollständiges Verzeichniß der bonae fidei Actionen haben geben wollen, und diese Vorausfetzung ist falsch; denn die actio funeraria, sequestraria und emphyteutica waren gewiß bonae fidei, wie ich hernach zeigen will, und doch stehen sie nicht in diesem Verzeichniß.

Bey der zweyten Frage, warum sind denn einige Klagen bonae fidei, andere stricti iuris, wo liegt der Grund der Distinction, gestehen einige Juristen ihre Unwissenheit, und meynen, es lasse sich gar kein Grund davon angeben (* 1). Andere (* 2) glauben, die Klagen, welche aus negotiis unilateralibus entstehen, seyen stricti iuris, die aus bilateralibus aber bonae fidei. Allein wenn man nun weiter fragt, warum war jede Klage aus einem Bilateralcontract bonae fidei, und warum die aus den Unilateralcontracten entspringende stricti iuris, so können sie keine zureichende Ursache angeben, wie Bachov (* 3), der diese Meynung vertheidigt, selbst gesteht. Dazu kommt, daß die actio praescriptis verbis aus der Permutation und dem Trödelcontract unstreitig bonae fidei ist, da doch diese und alle unbenannte Contracte unilaterales sind (§. 750.) Cocceji (* 4) sagt, bonae fidei actiones seyen alle, wo ich auf eine Sache klagte, die schon mein gewesen sey; stricti iuris, wenn ich eine Sache forderte, die zuvor noch nicht mein gewesen sey. Aber die actio emti und die actio praescriptis verbis ex permutatione sind ja unleugbar bonae fidei, und doch verlange ich in diesen Klagen etwas, das noch nicht mein war. Böhmer (* 5) sucht daher mit besserem Recht das Fundament dieser Distinction im Formularrecht. Keine andern Klagen waren stricti iuris, als die aus einem Formularcontract entstanden; alle andere waren bonae fidei. Denn in Formulargeschäften hieng die ganze Verbindlichkeit blos von der Formel ab; also mußte man auch bey dieser allein stehen bleiben, und konnte nicht darüber weggehen.

Gewiß ist folgendes: bonae fidei actiones sind 1) die Klagen, welche aus Consensualcontracten entstehen, emti venditi, locati conducti, pro socio, mandati. Auch die emphyteuticaria gehört ohne Zweifel hierher, ob sie gleich Justinian nicht nennt, denn die emphyteusis ist ein Mittelding zwischen

Kauf-

und Miethcontract, beyde aber sind bonae fidei contractus. 2) Die Klagen aus drey Realcontracten, actio commodati, depositi, pignoratitia Nicht weniger die sequestraria, wiewohl sie ebenfalls im §. 28. h. t nicht genennt ist, denn das sequestrum ist eine Gattung des depositi. 3) Die actio praescriptis verbis, welche aus dem Tausch- und Trödelcontract entsteht. 4) Die Klagen aus den Quasicontracten, actio negotiorum gestorum, funeraria, tutelae, familiae herciscundae, communi dividundo. Ferner die funeraria vermöge der L. 14. §. 6. et 13. D de religios. welche übrigens im §. 28. des Textes wieder nicht angeführt ist. 5) Die hereditatis petitio. Wie es zugeht, daß diese Klage, die doch weder aus einem Contract, noch Quasicontract entsteht, bonae fidei actio ist, untersucht Gundling (* o) weitläuftig, aber er sagt doch nichts befriedigendes.

(1) Z. E. *Charondas* lib. 3. versimil. cap. 3. in thesaur. *Otton.* tom. 1. p. 774.
(2) Z. E. *Hotomann* et *Otto* ad §. 28. I. h. t.
(3) *Bachov* de act. disp. 6. th. 11.
(4) *Cocceii* iur. contr. tit. de O. et A. qu. 13.
(5) *Boehmer* de act. sect. 1. cap. 3. §. 19. sqq.
(6) *Gundling* diss. de usu pract. act. b. f. et str. iur. §. 41.

§. 1130. Von den stricti iuris Klagen.

Ferner ist gewiß, daß die actio ex stipulatu und condictio ex chirographo actiones stricti iuris waren. Aber wohin nun die andern Klagen, z. E. die actio mutui, condictio indebiti, actio de constituta pecunia, finium regundorum und die Klagen aus den übrigen unbenannten Contracten, ausser dem Tausch- und Trödelcontract, gehörten, ist zweifelhaft. Böhmer am a. O. rechnet sie unter die bonae fidei actiones. Hingegen nach der gemeinen Meynung sind sie stricti iuris, und diese Meynung hat auch Gundling am a. O. vertheidigt. Da die Frage blos theoretisch ist, wie wir im §. 1135. sehen werden, und keine der verschiedenen Meynungen zu einiger Evidenz gebracht werden kann: so will ich mich dabey nicht aufhalten.

§. 1131. Von der actione ex stipulatu de dote.

Nach dem alten Römischen Recht hatte eine Frau zwey Klagen, um ihr Eingebrachtes zurück zu fordern, *actionem rei uxoriae*, und *actionem ex stipulatu*. Die letzte stellte sie an, wenn sie sich die Zurückgabe des Brautschatzes durch eine Stipulation hatte versprechen lassen; die erste, wenn dies nicht geschehen war. Allein die actio rei uxoriae hatte mancherley Unbequemlichkeiten (* r), und die actio ex stipulatu ebenfalls, weil sie stricti iuris war. Justinian schmolz daher beyde Klagen zusammen, das heißt, er verordnete, daß eine Frau ohne Unterschied die actionem ex stipulatu sollte anstellen können, sie

möchte

möchte sich nun die Zurückgabe durch Stipulation ausbedungen haben oder nicht; und daß diese Klage eine actio bonae fidei seyn sollte.

(1) *Vinnius* ad §. 29. I. h. t. n. 2.

§. 1132. Practische Wirkung der Distinction zwischen actionibus bonae fidei und stricti iuris.

Die actiones bonae fidei und stricti iuris waren bey den Römern sehr verschieden. Denn 1) in negotiis b. f. hatte die Compensation ipso iure statt, in den negotiis stricti iuris aber nicht eher, als bis man exceptionem compensationis im Gericht opponirte. Allein dieß hat Justinian schon aufgehoben, indem er verordnet hat, daß in allen Fällen die Compensation ipso iure eintreten sollte. (§. 980.) 2) Negotia bonae fidei waren null, wenn sie durch einen Betrug veranlaßt wurden, in den negotiis stricti iuris mußte man restitutionem in integrum suchen. (1008.) 3) Zeigt sich ein wichtiger Unterschied in Ansehung der Früchte. Wenn ich nemlich eine Personalklage gegen einen anstelle: so verlange ich entweder eine Sache, die schon mein ist, z. E. ich stelle actionem commodati, depositi, pignoratitiam directam an; oder eine, die noch nicht mein war. Im ersten Fall fordre ich alle Früchte, die der Beklagte genossen, oder auch aus Nachlässigkeit nicht genossen hat, die Klage mag b. f. oder stricti iuris, der Beklagte mag in mora gewesen seyn, oder nicht. Im letzten Fall aber ist die Klage entweder bonae fidei oder stricti iuris. In den bonae fidei Klagen müssen die Früchte von Zeit der morae an, in den stricti iuris iudiciis aber von der Litiscontestation an restituirt werden. Hert (*1) hat diese Sätze angeführt und erwiesen. 4) In den iudiciis bonae fidei können Zinsen gefordert werden, wenn sie der Beklagte durch ein pactum versprochen hat, oder in mora ist; in den iudiciis stricti iuris aber hat keine Zinsenforderung statt, ausser wenn ich mir sie durch eine Stipulation ausbedungen habe. 5) Wenn man einem contractui bonae fidei Verträge anhängt: so kann man daraus dieselbe Klage anstellen, die aus dem Contract selbst entsteht. Dies geht aber bey einem contractu stricti iuris nicht an.

(1) *Hert.* diss. de fructuum persecutione in act. personal. in opusc. vol. 1. part. 3. pag. 127. sqq. S. aber auch *Io. God. Bauer* diss. de aestimandis et restituendis fructibus, (Lipsi. 1753.) §. 7.

§. 1133. Was sind actiones arbitrariae?

Von den stricti iuris und bonae fidei actionibus sind die arbitrariae unterschieden. Das Wort actio arbitraria aber hat zweyerley Bedeutungen. Zuweilen versteht man darunter eine Klage, wo der Richter den Beklagten, wenn er der Sentenz nicht gutwillige Folge leistet, härter verurtheilen kann, das heißt, er kann ihn auf das Vierfache condemniren, oder kann den Kläger

zum

zum iuramento in litem lassen, ihm erlauben seine Sachen eidlich zu taxiren. Zuweilen aber heißt actio arbitraria diejenige, wo es ganz allein vom Ermessen des Richters abhängt, auf wie hoch er eine Parthey condemniren will.

§. 1134. Verzeichniß der arbiträren Klagen.

Arbiträre Klagen in der ersten Bedeutung sind 1) alle Realklagen, die Erbschaftsklage ausgenommen, 2) actio de dolo, 3) actio ad exhibendum, actio finium, 5) actio Pauliana. 6) actio Faviana und Calvisiana. Der Patron erbte in gewissen Fällen den Freygelassenen. (§. 647. u. f. f.) Wenn nun der Freygelassene etwas von seinem Vermögen zum Schaden des Patrons veräusserte: so konnte dieser, im Fall er aus einem Testament erbte, actionem Favianam, im Fall der Intestaterbfolge actionem Calvisianam anstellen, und die veräusserte Sachen zurück fodern. 7) Actio rerum amotarum. Bey allen diesen Klagen wird der Kläger zum Schätzungseid gelassen, wenn der Beklagte das obiectum litis nicht herausgeben will, oder dolose sich die Herausgabe unmöglich gemacht hat. 8) Actio quod metus. Wenn der Beklagte die Sache nicht auf Befehl des Richters restituirt, so wird er aufs vierfache condemnirt. Von actionibus arbitrariis in der letzten Bedeutung giebt es nur eine einzige, die *condictionem de eo quod certo loco.* (§. 968.)

§. 1135. Vom heutigen Nutzen der Distinction zwischen b. f. und stricti iuris Actionen.

1) Ob die Distinction zwischen b. f. und stricti iuris Klagen in Deutschland Nutzen habe, ist streitig. Viele Juristen (* 1) meynen, daß sie allerdings noch gelte, und practischen Nutzen habe. Hingegen andere (* 2) behaupten mit besseren Gründen, daß die Distinction bey uns wegfalle, und alle Klagen actiones b. f. seyen. Fragt man aber nach der Ursache, so sagen einige, sie sey durch das canonische Recht abgeschafft. Allein dieß kann nicht erwiesen werden. Andere berufen sich auf den Reichsabschied vom Jahr 1600. §. soviel nur; worinn verordnet ist, daß man in dem Darlehn blos um des Verzugs willen Zinsen fordern könne, wenn gleich keine versprochen sind. Aber man sieht leicht, daß daraus die Abschaffung jener Distinction noch lange nicht folge. Noch andere sagen, wir hätten keine Prätoren und iudices pedaneos, folglich auch jene Distinction der Klagen nicht. Allein zu Justinians Zeiten cessirten die iudices pedanei schon, und doch blieb der Unterschied zwischen b. f. und stricti iuris Klagen stehen. Böhmer am a. O. behauptet mit Recht, daß die Distinction deswegen wegfalle, weil sie aus dem Formularrecht entstanden ist, das wir in Deutschland nicht haben. 2) Die Gewalt des Richters geht bey uns nicht so weit, daß er den Beklagten seines Ungehorsams wegen auf das Vierfache condemniren könnte. Aber das geht an, daß er den Klä-

ger zum Schätzungseide läßt, wenn der Beklagte sich dolo oder culpa in die Umstände gesetzt hat, daß er die schuldige Sache nicht herausgeben kann, wie in dem Titel der Pandecten de in litem iurando gezeigt wird. 3) Heutigestags giebt es keine actionem arbitrariam in der letzten Bedeutung; denn der Grund, warum bey der condictione de eo quod certo loco die Condemnation ganz vom Ermessen des Richters abhieng, liegt auch in dem Formularrecht, (§. 968.) das wir nicht haben.

(1) Z. E. *Hert.* cit. diss. de fructuum persecut. in act. person. §. 15. *Hunnius* resolut. Lib. 4. part. 2. Qu. 23. 24. pag. 952. sqq. *Harpprecht* ad §. 28. I. de act. n. 54. *Hopp.* ad Instit. ibid. *Cocceii* iur. contr. tit. de oblig. et act. Qu. 13. *Piittmann* opusc. pag. 207.

(2) *Gudelinus* de iure noviss. Lib. 3. Cap. 13. *Thomasius* in not. ad §. 28. h. t. *Boehmer* de act. Sect. 1. Cap. 3. §. 19. *Gundling* Diss. de usu pract. Dist. act. b. f. et stricti iur. Cap. 2. *Stryk* Us. mod. tit. de oblig. et act. §. 8.

§. 1136. Achte Eintheilung der Klagen, von den Wirkungen hergenommen.

Durch die meiste Klagen erhält man alles, was man zu fodern hat, durch einige nicht; das heißt deutlich: in den meisten Fällen geschieht die Execution auf das ganze Vermögen des Beklagten, in einigen aber wird sie nur auf einen Theil erkannt. Reicht dieser zur völligen Befriedigung des Klägers hin, so bekommt er alles, was er zu fordern hat, ausserdem aber nicht. Die Fälle sind: 1) wenn ich den Vater actione de peculio belange. 2) Wenn der Schuldner das beneficium competentiae hat. Nemlich wenn ich gegen den Vater actionem de peculio anstelle, und gewinne, so werde ich aus dem peculio befriedigt, also nicht weiter, als dieses reicht. (§. 1153.)

§. 1137. Vom beneficio competentiae.

Die Rechtswohlthat der Competenz aber besteht darinn, daß gewisse Personen nicht bis auf den letzten Heller exequirt werden können, sondern daß ihnen die Gläubiger die Competenz, d. i. nothdürftige Nahrung und Kleider lassen müssen. Diese Wohlthat ist ganz persönlich. Nur denjenigen kommt sie zu, denen sie von den Gesetzen ertheilt ist, nicht ihren Erben und Bürgen.

§. 1138. Verzeichniß der Personen, welchen sie zusteht.

Einige haben die Rechtswohlthat der Competenz wegen der nahen Verbindung, worinn sie mit dem Gläubiger stehen. Dergleichen sind 1) die Eltern, das heißt alle Ascendenten, der Vater, die Mutter, die Großeltern, wenn sie ihren Kindern, Enkeln ꝛc. schuldig sind. Ob umgekehrt auch die Kinder diese Wohlthat haben, wenn sie von den Eltern belangt werden, ist zweifelhaft. 2) Die Patronen, wenn die Freygelassenen an sie zu fordern haben. 3) Die Geschwister unter einander. Man hat zwar kein ausdrückliches Ge-

setz

ſetz darüber. Da aber in der L. 63. pr. D. pro ſoc. den ſociis das beneficium aus dem Grund ertheilet iſt, *cum ſocietas ius quodammodo fraternitatis in ſe habeat:* ſo kann man es auch den Geſchwiſtern nicht abſprechen (* 1). 4) Perſonen, die in Geſellſchaft geſtanden haben, wenn nemlich einer dem andern aus der Geſellſchaft ſchuldig verbleibt (* 2). 5) Ehegatten. 6) Der Schwiegervater, wenn er auf die Bezahlung des Heyrathsgutes belangt wird.

(1) *Meier* coll. Argentor. tit. de re iud. th. 34. n. 1. *Horn* diſſ. de benefic. competente, §. 9. *Wernher* Part. 7. obſ. 85. n. 80. ſqq. Anderer Meynung iſt *Lauterbach* diſſ. de beneficio competent. th. 32.

(2) Nach der L. 16. D. de re iud. ſollen zwar nur die ſocii omnium bonorum die Wohlthat der Competenz genieſſen; aber nach der L. 63. D. pro ſoc. und dem §. 38. I. h. t. muß man ſie allen ſociis zuſprechen, und ſo wird es auch in der Praxis gehalten. *Wernher* l. c. n. 88. ſqq.

§. 1139. Fortſetzung.

Wegen ihres Standes kommt 7) den Soldaten (* 1) die Wohlthat der Competenz zu. Die Juriſten dehnen dies auf Adeliche, Geiſtliche, Advocaten, und öffentliche Lehrer aus, aber mit Unrecht, denn Privilegien leiden keine Ausdehnung (* 2). Indeſſen iſt durch Landesgeſetze oder Gewohnheiten an manchen Orten den Adelichen das beneficium competentiae zugeſtanden (* 3).

(1) *Enenckel* de privileg. milit. lib. 2. privileg. 19.

(2) *Pufendorf* Tom. 3. Obſ. 51.

(3) Daß den Adelichen die Wohlthat der Competenz zuſtehe, behaupten *Wernher* l. c. n. 107. ſqq. *Cramer* obſ. Tom. 3. p. 461. aber das Gegentheil *Lauterbach* diſſ. cit. th. 34. *Leyſer* Sp. 664. med. 34. *Schmidt* diſſ. de benefic. compet. quatenus nobilibus competat, in *Leyſer* med. ad pand. Vol. 12. Part. 2. p. 530. ſqq. Strube rechtl. Bed. 2. Theil. 18. S.

§. 1140. Fortſetzung.

Aus Dankbarkeit muß man 8) dem Schenker die Competenz laſſen. Nemlich wenn mir Jemand ſo viel geſchenkt hat, daß er es nicht leiſten kann, ohne ſich ſelbſt den nöthigen Unterhalt zu rauben: ſo muß ich ihm ſo viel nachlaſſen, daß er dieſen behalte (* 1). (§. 412.)

(1) *Sammet* in opuſc. p. 180.

§. 1141. Fortſetzung.

Ferner kommt 9) wegen erlittener Unglücksfälle den Kindern dieſe Wohlthat gegen ihre Gläubiger zu. Wenn ein Menſch, der noch in der väterlichen Gewalt ſteht, contrahirt, und aus dieſem Contract ſchuldig bleibt, nun aber ſui iuris wird, ſo kann er belangt werden. In dem Falle aber, wenn er von ſeinem Vater wenig oder nichts geerbt hat, und ſogleich belangt

wird, ehe er sich noch etwas acquiriren konnte: so muß man ihm die Competenz lassen. Auch 10) wer bonis cedirt hat, und nachher wieder Vermögen erwirbt, hat die Wohlthat der Competenz. Nemlich wenn ein verarmter Schuldner sein ganzes Vermögen zur Bezahlung der Gläubiger hingegeben, damit aber noch nicht alles abgetragen hat, und nachher wieder Vermögen bekommt: so muß er zwar die unbezahlt gebliebene Schulden noch tilgen; aber die Gläubiger können ihm doch nicht alles nehmen.

Endlich kommt aber auch 11) zuweilen einem die Competenz wegen des eintretenden Rechts eines Dritten zu (*1). Z. E. einem öffentlichen Bedienten können die Gläubiger seine ganze Besoldung nicht nehmen, weil er sonst dem Staat nicht mehr dienen könnte.

(1) Diese Fälle beschreibt vollständig *Hellfeld* diss. de beneficio compet. ex proprio aeque ac tertii iure, §. 15. sqq. in opusc. p. 572. sqq.

TIT. VII.

QUOD CUM EO QUI IN ALIENA POTESTATE EST NEGOTIUM GESTUM ESSE DICATUR.

§. 1142. Was ist eine actio qualitatis adiectitiae?

Eine Personalklage entsteht entweder aus einem obligatorischen Factum, oder unmittelbar aus der Billigkeit. Die erste Art von Klagen wird in diesem Titel noch einmal weiter eingetheilt. Nemlich sie entstehen entweder aus meinem eignen Factum, oder aus eines andern seinem, das aber aus einer gesetzlichen Ursache als mein eignes angesehen wird. Im letzten Fall heissen sie *actiones adiectitiae qualitatis*. Also jede Klage kann actio adiectitiae qualitatis werden, wenn sie gegen mich aus einem fremden Factum angestellt wird. Z. E. die actio emti wird adiectitiae qualitatis, wenn ich sie gegen den Vater aus einem Kauf anstelle, welchen ich mit dem Sohn auf Befehl des Vaters geschlossen habe. In diesem Falle heißt sie actio emti *quod iussu*. Sie ist adiectitiae qualitatis, wenn ich aus einem mit dem Factor geschlossenen Kauf gegen den Handlungspatron klage, und heißt alsdenn actio *emti institoria*. Eben so giebt es auch eine actionem *emti exercitoriam*, *tributoriam*, *de peculio* und *de in rem verso*, die in den folgenden §§. werden erklärt werden; eine actionem *locati quod iussu*, *locati institoriam etc.*

§. 1143. Gattungen dieser Klagen.

Einige actiones adiectitiae qualitatis können nur aus dem Factum meines Sklaven oder filii familias, andere aber aus dem Factum eines jeden Menschen, er

er sey mein Sklave, oder Sohn, oder ein Fremder, gegen mich angestellt werden. Zu jener Classe gehören *actio quod iussu*, *de peculio* und *tributoria*; zu dieser *actio exercitoria*, *institoria* und *de in rem verso*. S. die 68. Tabelle.

§. 1144. Was ist iussus?

Iussus, Befehl überhaupt ist eine Willenserklärung an einen, der in meiner Gewalt ist. Sie kann geschehen *inter vivos*, und durch einen letzten Willen, mündlich und schriftlich, sie kann allgemein seyn, und auf eine einzelne Handlung gehen; vor der Handlung vorausgehen und darauf folgen. Geht sie voraus, so heißt sie *iussus* im eigentlichen Verstande; folgt sie darauf, so heißt sie *ratihabitio*, Genehmigung.

§. 1145. Was ist actio quod iussu?

Wenn ich meinem Sohn oder Sklaven einen Befehl gegeben habe, zu contrahiren, und er hat den Contract dem Befehl gemäß geschlossen: so kann gegen mich die actio quod iussu angestellt werden, dahin, daß ich das prästiren muß, was mein Sohn oder Sklave versprochen hat, und zwar in solidum, das heißt, ich werde auf das Ganze exequirt, nicht etwa blos soweit als das peculium reicht, wie bey der actione de peculio geschieht. (§. 1135.)

§. 1146. Was ist exercitor, magister navis, dominus tabernae und institor?

Exercitor, Schiffspatron, Schiffsreder, heißt einer, der ein Schiff ausrüstet, es mit allem Nothwendigen versieht, und den Vortheil davon zieht; das Schiff mag nun sein eigen oder gemiethet seyn. *Magister navis*, Setzschiffer ist der, welchem der Reder das ganze Schiff anvertrauet, daß er auf der Reise für alles sorge, und dem Schiffsvolk die nöthigen Befehle ertheile. Unter ihm stehen der Schiffer, der Ober- und Untersteuermann, welche die Befehle wegen des Segelns ertheilen, und abwechselnd die Wache haben. Er war bey den Römern entweder ein freyer Mensch oder ein Sklave, entweder ein Sklave des Reders oder eines andern. *Dominus tabernae*, der Kaufherr, Ladenherr, Handlungspatron ist, für dessen Rechnung ein Handel geführt wird, und *Institor*, Factor, Provisor, der die Handlung eines andern besorgt, über die ganze Handlung gesetzt ist.

§. 1147. Von der actione exercitoria.

Wenn der magister navis einen Contract über ein ihm anvertrautes Geschäft schließt: so kann der Schifsreder daraus actione exercitoria belangt werden. Diese Klage also stellt ein Dritter an, der mit dem magistro navis contrahirt, oder sein Erbe gegen den Schiffspatron, oder dessen Erben; wenn mehrere Schiffsfreunde, Mitreder das Schiff ausgerüstet haben, gegen jeden in solidum, um dasjenige zu leisten, was der Setzschiffer versprochen

hat. Habe ich z. E. mit dem magistro navis einen Kauf, einen Miethcontract geschlossen: so stelle ich actionem *emti*, actionem *locati exercitoriam* an. Der Autor merkt noch an, daß diese Klage nicht statt hat, wenn ich mit dem Schiffer contrahirt habe: denn dieser hat keine Ordre, Contracte im Namen des Reders zu schließen.

§. 1148. Von der institoria.

Die actio institoria setzt voraus, daß ich mit dem institore über Geschäfte, denen er vorgesetzt ist, contrahirt habe. Aus diesem Contract klage ich oder mein Erbe gegen den Kaufherrn oder dessen Erben; wenn mehrere Kaufherrn in Gesellschaft handeln, gegen jeden in solidum auf Erfüllung des Contracts. Wer mit einem andern Bevollmächtigten contrahirt (der kein Factor ist), kann gegen den Principal, wie wir oben schon (§. 932.) gehört haben, actionem institoriam utilem anstellen.

§. 1149. Vom heutigen Gebrauch.

Die beyden Klagen, actio exercitoria und institoria haben auch noch heutigestages statt. Doch können an vielen Orten mehrere Schiffsfreunde und Handelsleute, die in Gesellschaft handeln, nicht in solidum belangt werden, sondern sie haften nur pro rata.

§. 1150. 1151. Von der actione tributoria.

Merces peculiares heissen Waaren, die ein Sohn oder Sklave entweder durch Handel mit seinem peculio, oder durch andere Arbeiten erworben hat. Wenn nun der Sohn oder Sklave mit Vorwissen des Vaters oder Herrn handelt, und bey diesem Handel bankerot wird: so ist der Vater oder Herr schuldig und befugt, die merces peculiares unter die Gläubiger pro rata zu vertheilen. Thut er dieß nicht, vertheilt er die Waaren gar nicht, oder nicht pro rata: so wird er actione tributoria belangt, daß er die Theilung vornehmen oder abändern soll.

§. 1152. Vom heutigen Gebrauch.

Bey den Römern blieben die Söhne gewöhnlich in der väterlichen Gewalt so lang sie lebten, und führten während dieser Zeit zuweilen einen Handel. Auch die römische Sklaven wurden häufig zum Handeln gebraucht, und ihnen zu dem Ende peculia gegeben. Heutigestags geht ein Sohn, sobald er etwas verdienen kann, gewöhnlich aus der väterlichen Gewalt, und die peculia der Sklaven sind auch nicht gewöhnlich. Daher kann schon aus diesem Grund die actio tributoria schwerlich vorkommen. Ausserdem aber schlägt der Richter, wenn ein Concurs entsteht, Hand ein, und überläßt die Austheilung der Masse keinem andern. Die actio tributoria ist also ganz ungewöhnlich.

§. 1153. Von der actione de peculio.

Was peculium sey und wie vielerley, haben wir im 9ten Titel des zweyten Buchs gehört. Wenn nun der Vater seinem Sohn, oder der Herr seinem Sklaven ein peculium profectitium gab, um damit zu handeln: so konnte er auch aus den Contracten, die Sohn oder Sklave schloß, belangt werden. Die Klage war adiectitiae qualitatis, hieß *actio de peculio* und gieng dahin, daß Vater oder Herr aus dem peculio bezahlen sollten. Also nur in so weit als das peculium reichte (peculiotenus), bekamen die Gläubiger ihre Befriedigung, auch konnte der Vater zuvor abziehen, was er und seine übrige filii familias an den Schuldner zu fordern hatten.

§. 1154. Von deren heutigem Nutzen.

So wie die actio tributoria bey uns nicht leicht vorkommen wird: so auch diese actio de peculio. Wir geben den Sklaven nicht leicht peculia, und die Söhne verlassen die väterliche Gewalt gewöhnlich, sobald sie selbst handeln. Sollte indessen ein Vater für seinen Sohn einen Handel etabliren, und ihn bey sich im Hause und am Tisch behalten, dieser also in der väterlichen Gewalt bleiben: so würde die actio de peculio noch Platz greifen.

§. 1155. Von der actione de in rem verso directa.

Die letzte actio adiectitiae qualitatis ist *de in rem verso*. Wenn ich mit dem Sklaven oder Sohn contrahirt habe, ohne daß Herr oder Vater Befehl dazu gegeben; ohne daß der Sohn oder Sklave magister navis oder institor war; ohne daß merces peculiares oder peculium vorhanden sind: so kann ich doch den Herrn oder Vater noch belangen, wofern ich nur beweisen kann, daß dieselben Nutzen aus dem Contract gezogen haben. Z. E. wenn mir der Sohn Getraide abgekauft hat, und ich zeigen kann, daß es in des Vaters Haushaltung verwendet worden ist. Denn es wäre höchst unbillig, wenn Herr oder Vater sich mit meinem Schaden bereichern wollten. Diese Klage heißt *actio de in rem verso* und zwar *directa*.

§. 1156. 1157. Von der utili.

Man wendet diese Klage auch auf andere Fälle an, wenn ich mit dem A. contrahire, der B. aus diesem Contract Vortheil gezogen hat, und A. mit dem B. in einer gewissen Verbindung steht, si per conventionem aliquo modo coniunguntur, wie Hert (* 1) sagt. Dahin gehört 1) wenn ich mit einem negotiorum gestore contrahire, und der Contract für den dominum negotiorum nützlich gewesen ist. Jetzt kann ich gegen diesen die *actionem de in rem verso utilem* anstellen. Dieser Fall ist in dem angeführten Gesetz des Codex enthalten. Man stelle sich z. E. vor, daß ein Freund in meiner Abwesen-

hei:

heit an meinem Hause eine höchstdringende Reparatur vornehmen läßt, und deswegen mit Zimmerleuten und Maurern Accorde schließt. Aus diesen Accorden kann ich actione de in rem verso utili belangt werden. Man verwirre also diese Klage nicht mit der actione negotiorum gestorum contraria. Diese stellt der negotiorum gestor selbst gegen den dominum an; die actionem de in rem verso aber die, welche mit dem negotiorum gestore contrahirt haben. 2) Wenn ein socius contrahirt, ohne Ordre von den übrigen zu haben, oder der Ordre nicht gemäß contrahirt, indessen doch den Vortheil aus dem Contract der Gesellschaft zugewendet hat (* 2). 3) Wenn Ehegatten zusammen eine Verschreibung ausstellen, worinn sie bekennen, eine gewisse Summe erhalten zu haben, so kann nur der Mann belangt werden, wofern der Gläubiger nicht beweisen kann, daß das Geld zum eigenen Besten der Ehefrau verwendet sey (* 3). Kann er dieß, so hat actio de in rem verso utilis gegen die Frau statt.

(1) *Io. Ierem. Hert.* diss. de rarioribus quibusdam iuris controversiis, (*Giess.* 1713.) p. 36. sqq.
(2) L. 82. D. pro. soc.
(3) Auth. si qua mul. C. ad SC. Vell.

1158. Wann kann der Sohn selbst aus seinen Contracten belangt werden?

Aus dem bisher Gesagten erhellet, daß Vater und Herr in sechs Fällen aus den Contracten des Sohns und Sklavens belangt werden können: 1) wenn sie den Contract befohlen oder genehmiget, oder 2) ein peculium gegeben haben. 3) Wenn Sohn oder Sklave mit Vorwissen des Vaters und Herrn gehandelt hat, und merces peculiares vorhanden sind; 4) wenn sie magistri navis auf einem Schiffe des Vaters oder Herrn, oder 5) institores in dessen Handlung gewesen sind, endlich 6) wenn Vater oder Herr Nutzen aus ihrem Contract gezogen hat. Ist keiner von diesen Fällen vorhanden: so hat keine Klage gegen Herrn oder Vater statt. Es fragt sich aber, kann man denn den Sohn nicht selbst belangen? Man distinguire: wenn der Sohn peculium militare, castrense aut quasi castrense oder adventitium irregulare hat: so kann er selbst belangt werden. Hat er aber gar kein peculium, oder ein adventitium regulare, so kann er nicht eher belangt werden, als bis er von der väterlichen Gewalt frey ist. Ich sage, wenn er gar kein peculium oder ein adventitium *regulare* hat. Denn obgleich dieses sein eigen ist: so ist doch der Vater legitimus administrator desselben, und hat den Nießbrauch davon, der Sohn kann also ohne Consens des Vaters über dieses peculium nicht disponiren, und dem Vater seinen Nießbrauch nicht schmälern (* 1). Etwas besonders ist bey dem Darlehnscontract Rechtens, wenn ihn ein filius familias schließt.

(1) *Stryk* V. M. tit. de pecul. §. 6.

§. 1159.

§. 1159. Vom Macedonianischen Rathschluß.

Nemlich ein Römisches Gesetz, der Macedonianische Rathschluß verordnet, daß kein filius familias ein Gelddarlehn nehmen, und daß der, welcher ihm dergleichen giebt, weder bey Lebzeiten, noch nach dem Todte des Vaters befugt seyn soll, es wieder zu fordern; das *nomen*, wie das Gesetz sagt, das heißt, die Schuld soll nicht *bonum* werden, nicht giltig, nicht exigibel, expectata patris morte. Die Veranlassung dieses Gesetzes war, daß viele filii familias in Rom durch solche Geldvorschüsse zu Lüderlichkeiten Nahrung erhielten, sich in Schulden stürzten, die Väter bestahlen, und ihnen wohl gar nach dem Leben standen. Ob dieses Gesetz unter K. Claudius, oder unter Vespasian gemacht, und ob es einem lüderlichen filio familias, der Macedo hieß, oder einem Wucherer, der diesen Namen führte, zu Ehren Macedonianum genennt worden sey, ist zweifelhaft und unerheblich (* 1).

(1) Unpartheyische Critik über jurist. Schriften, 3. B. 32. Seite.

§. 1160. Weitere Erklärung dieses Gesetzes.

1) Dieses Gesetz wurde also nicht sowohl zum Vortheil der Söhne, als vielmehr der Väter und aus Haß gegen die Wucherer gemacht. Der Sohn kann daher diesem Gesetz nicht giltig renunciiren, wohl aber der Vater. 2) Es giebt nur eine Exception, keine Action; das heißt, wenn der Vater oder Sohn aus dem Darlehn belangt werden: so können sie exceptionem SCti Macedoniani opponiren. Wenn aber der Sohn ein Darlehn genommen, und er selbst, oder der Vater das Geld wieder bezahlt haben, so können sie es nicht zurückfordern. Das Gesetz geht blos auf Geldvorschüsse, nicht auf andere Arten von Darlehn, noch weniger auf andere Contracte, z. E. Kauf- Tausch- Miethcontract u. s. w., wenn sie nur nicht in der Absicht, das SCt. Macedonianum zu vereiteln, geschlossen worden sind.

TIT. VIII.

DE NOXALIBUS ACTIONIBUS.

§. 1161. 1162. Uebergang zu diesem Titel.

Die im vorigen Titel vorgetragene Klagen entstanden aus Contracten des Sohns oder Sklaven. Wie aber, wenn diese Personen ein Delict begehen, kann daraus Vater oder Herr belangt werden? Entweder ist das delictum publicum, oder privatum. Im ersten Fall kann der Vater und Herr nicht belangt werden, in sofern er ausser aller Schuld ist, sondern der Sohn

und Sklave wird mit der gebührenden Strafe belegt. Ist das delictum aber privatum: so kann der Vater und Herr nach dem alten Römischen Recht *noxaliter* belangt werden. Nach den neuen Gesetzen hat diese Klage nur gegen den Herrn, nicht mehr gegen den Vater statt, wie wir §. 1165. hören werden.

§. 1163. 1164. Was ist noxia und noxa?

Noxia nemlich heißt ein Schade, der mir durch das delictum privatum, oder quasidelictum eines Sklaven zugefügt wird; der Sklave selbst, der den Schaden gethan hat, heißt *noxa*. Doch wird auch noxa zuweilen für den Schaden genommen. Actio noxalis endlich ist die Klage, die der Beschädigte gegen den Herrn des Sklaven auf Ersetzung des Schadens anstellt. Will der Herr den Schaden nicht ersetzen, so muß er den Sklaven dem Kläger abtreten. Die Römischen Gesetzgeber halten es für billig, daß der Herr, da er allen Nutzen von dem Sklaven zieht, auch den Schaden ersetzen müsse, welchen der Sklave einem andern zufügt. Sie halten es aber zugleich für hart, daß der Herr denjenigen Schaden ersetze, der den Werth des Sklaven übersteigt. Unser Autor sagt, durch die Noxalklage fordere man entweder die Ersetzung des Schadens, oder die Abtretung des Sklaven. Dies ist nicht ganz richtig. Wenn der Herr actione noxali belangt wird: so hat er die Wahl, ob er den Schaden ersetzen, oder den Sklaven an Zahlungsstatt geben (noxae dare) will. Aber eigentlich kann doch der Beschädigte nicht verlangen, daß man ihm den Sklaven gebe (*[1]). Noxae datio non est *in actione*, wie die Juristen sagen, sed *in solutione* (*[2]).

(1) L. 6. §. 1. D. de re iud.
(2) Anderer Meynung sind *Hellfeld* iurispr. for. §. 712. und *Io. Aug. Reichardt* diff. de casu obligat. tollente, §. 12. Aber das angeführte Gesetz entscheidet.

§. 1165. 1166. Was ist Rechtens bey den Vergehungen der filiorum familias?

Nach dem alten Römischen Recht konnte man die Kinder eben so gut noxae geben, als die Sklaven. Sie kamen dadurch in die Sklaverey; wenn sie indessen frey gelassen wurden, so erlangten sie ihr ius ingenuitatis wieder. In den neuen Gesetzen aber ist die noxae datio der Kinder aufgehoben. Wenn die Kinder ein Privatdelict begehen: so haben sie entweder ein peculium profectitium, oder nicht. Im ersten Fall klagt man gegen sie selbst; und wenn sie condemnirt werden, stellt man actionem iudicati gegen den Vater an, daß er aus dem peculio bezahle. Haben sie kein peculium profectitium, aber ein castrense, oder quasi castrense, oder adventitium irregulare: so können sie ebenfalls selbst belangt werden, und müssen aus ihrem peculio bezahlen. Endlich wenn sie ein peculium adventitium regulare besitzen: so klagt man gegen sie,

und

und bittet zugleich, den Vater anzuhalten, daß er aus dem peculio adventitio den Schaden ersetze.

§. 1167. Vom heutigen Gebrauch.

Wenn ein Bedienter oder eine Magd durch ein Delict Schaden thun: so muß man sie selbst belangen; gegen den Herrn hat keine Klage statt, in sofern er bey dem Delict auf keine Weise concurrirt hat. Eben dies ist bey den Leibeigenen Rechtens. Ist übrigens der Bediente, die Magd, der Leibeigene nicht im Stand, den Schaden zu ersetzen: so werden sie desto härter mit Gefängniß oder Leibesstrafe gezüchtigt (corpore et corio solvunt). Bey wirklichen Negersklaven endlich hat das Römische Recht nach meiner Ueberzeugung noch seine Anwendung.

TIT. IX.

SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE DICATUR.

§. 1168. Was ist pauperies?

Pauperies heißt nach dem gemeinen lateinischen Sprachgebrauch bekanntlich Armuth. Bey den Juristen aber hat dies Wort eine ganz eigne Bedeutung. Sie verstehen unter pauperies den Schaden, welchen mir ein unvernünftiges, einem andern zugehöriges Thier zufügt. Ulpian und Justinian an den angeführten Stellen sagen: pauperies est damnum *sine iniuria facientis* datum. Nec enim potest animal iniuriam fecisse dici, quod sensu caret; das ist, ein Thier kann weder recht noch unrecht handeln, da es keine Vernunft hat. Allein nach dieser Definition wäre der Schade, den mir ein unvernünftiges Kind, ein Rasender, oder auch Jemand aus Nothwehr (§. 1047.) zufügt, ebenfalls pauperies. Die Definition ist also zu weit.

§. 1169. Was ist actio de pauperie?

Nicht wegen jeder pauperies kann die actio de pauperie directa angestellt werden; sondern diese Klage hat nur alsdenn statt, wenn ein vierfüßiges Thier gegen die Natur dieser Thierart, ungereizt Schaden thut, und wird vom Beschädigten und dessen Erben, gegen den, der zur Zeit der Litiscontestation Eigenthümer des Thiers ist, dahin angestellt, daß er den Schaden ersetze. Will er dies nicht, so ist er befugt, das Thier zum Ersatz zu geben (*[1]). Nur muß er nicht dolose geleugnet haben, daß das Thier sein gehöre; thut er dies, so muß er den Schaden schlechterdings ersetzen (renetur in solidum). Der Grund

dieser Verordnungen ist derselbe, wie bey den Sklaven. Wer ein Thier besitzt, zieht allen Nutzen davon; er muß also auch die Beschwerlichkeiten übernehmen, folglich den Schaden ersetzen, den es thut. So aber, wie ein jeder Eigenthümer seine Sache derelinquiren kann, wenn sie ihm mehr Schaden als Nutzen bringt: so hat auch der Eigenthümer eines Thiers diese Befugniß.

(1) Also auch hier kann eigentlich nicht alternativisch geklagt werden, daß der Eigenthümer entweder den Schaden ersetze, oder das Thier abtrete. (§. 1163.)

§. 1170. Folgen aus dieser Erklärung.

Wenn also 1) der Beschädigte das Thier gereizt hat: so kann er nicht klagen. 2) Ist der Herr des Thiers, oder ein Dritter Schuld an dem Schaden: so können sie ex lege Aquilia belangt werden. Insonderheit in dem Fall, wenn Jemand ein reissendes Thier nahe an der Straße liegen hat, wo vorbey gewandelt wird, und das Thier Schaden thut: so kann er vermöge des Edicti aedilitii auf den doppelten Ersatz belangt werden (* 1). Nach den Gesetzen der zwölf Tafeln war es ein Capitalverbrechen, wenn ein mündiger Mensch bey Nacht Vieh auf einen fremden Acker trieb (* 2). Wer sein Vieh bey Tage auf einen agrum publicum trieb, wurde auf eine Geldstrafe (* 3), wer es auf ein Privatgrundstück gehen ließ, aus dem Aquilischen Gesetz belangt (* 4). 3) Wenn ein zweyfüßiges Thier, Hüner, Tauben u. dgl. Schaden thun, so hat actio de pauperie utilis statt (* 5). 4) Die actio de pauperie directa setzt voraus, daß das Thier auf eine bey dieser Thierart nicht gewöhnliche Art Schaden gethan hat, z. E. das Pferd hat geschlagen, der Hund gebissen, der Ochs gestossen. Thut ein Thier auf eine solche Art Schaden, die bey dergleichen Thieren gewöhnlich ist: so geschieht dies entweder durch Abweiden, Wegfressen, oder auf andere Weise; z. E. die Katze ängstigt den Vogel im Kefich, daß er sich den Kopf einstößt; ein junger Hund zerreißt mir ein Buch. Im ersten Fall hat actio de pastu, oder actio in factum statt; actio de pastu, wenn mein Thier auf ein fremdes Grundstück geht, und dort weidet; actio in factum, wenn das Thier auf seines Herrn Grund, z. E. in seiner Scheune, seinem Hof Sachen frißt, die mein gehören. Im zweyten Fall, wenn der Schaden nicht durch Abweiden oder Wegfressen geschehen ist: so muß man zusehen, ob das Thier wild war, oder nicht. Wenn ein wildes Thier Schaden thut: so ist der Herr nicht schuldig, denselben zu ersetzen; vorausgesetzt, daß er ausser Schuld ist. Denn vor einem wilden Thier muß man sich hüten; wer das nicht thut, ist selbst Schuld an seinem Schaden. Ist das Thier aber zahm von Natur, oder zahm gemacht, (§. 299.) so mag wohl actio de pauperie utilis statt gefunden haben. Man s. die 69. Tabelle.

(1) *Io.*

(1) *Io. Leonh. Wintgens* diſſ. de animalibus ferocibus, qua vulgo iter fit, non habendis, in *Oelrichs* theſaur. diſſ. Belgicar. vol. 1. tom. 2.
(2) *Plin.* hiſt. nat. lib. 18. cap. 3.
(3) L. 2. C. de paſc. publ. (XI. 60.)
(4) L. ult. C. de L. Aquil. (III. 35.)
(5) Boileau wurde als Kind von einem kalekutſchen Hahn an heimlichen Orten dergeſtalt verwundet, daß es ihm ſein ganzes Leben durch anhieng. Daher ſagt Helvetius, kam auch ſeine Abneigung gegen das Frauenzimmer, ſeine épitres ſur l'amour de Dieu, und ſein Haß gegen die Jeſuiten, weil dieſe die welſche Hahnen nach Frankreich gebracht haben.

§. 1171. Heutiger Gebrauch dieſer Klage.

An den meiſten Orten ſind die bisher erklärten Regeln des Römiſchen Rechts angenommen; und wenn einige behaupten, daß die Erlaubniß, das ſchädliche Thier zum Erſatz des Schadens zu geben, heutigestages wegfalle: ſo iſt es ein Irrthum (*[1]). Im Sachſenſpiegel aber iſt die beſondere Verordnung, daß der Eigenthümer eines Thieres, wenn es Schaden thut, es ſey wild oder zahm, denſelben ſchlechterdings erſetzen muß, und das Thier nicht an Zahlungsſtatt geben kann, wofern er es nicht ſogleich, ſobald er Nachricht von dem Schaden erhält, austreibt und derelinquirt.

(1) *Stryk* uſ. mod. h. t. §. 4. 5.

§. 1172. Von der Pfändung.

In Deutſchland giebt es noch ein Mittel gegen den Schaden, den einem fremde Thiere zufügen, die **Pfändung**, *pignoratio*, *incluſio animalis*. Ob es bey den Römern erlaubt geweſen ſey, iſt zweifelhaft. Feltmann und Cocceji (*[1]) bejahen es, aber es läßt ſich nicht erweiſen (*[2]). Wenn ich nemlich fremde Thiere auf meinem Grundſtück antreffe, die im Begriff ſind, mir Schaden zu thun: ſo bin ich befugt, ſie zu fangen, einzutreiben und zu behalten, ſo lange bis mir der Eigenthümer den Schaden erſetzt. An einigen Orten hat man einen öffentlichen Pfandſtall, wo alle dergleichen Thiere hingetrieben werden, an andern Orten aber treibe ich ſie in meinen eigenen Stall (*[3]). Nun taxirt der Richter den Schaden, und condemnirt den Eigenthümer nicht nur dieſen, ſondern auch die Fütterungskoſten zu erſetzen. Leiſtet er dieſem Befehl nicht Folge: ſo wird das Thier verkauft, der Betrag des Schadens und der Koſten vom Kaufgeld abgezogen, und der Ueberreſt dem Eigenthümer zugeſtellt.

(1) *Feltmann* de incluſione animalium, cap. 1. *Cocceii* iur. contr. tit. ſi quadrupes qu. 2.
(2) *Leyſer* ſp. 111. med. 1. *Car. Ferd. Hommel* diſſ. de pignoratione et cuſtodia animalium, pauperiem facientium, cap. 2. p. 7. ſqq.

(3) Daß das Pfand dem Richter überliefert werde, ist nach allgemeinen Deutschen Gesetzen nicht erforderlich. Strube rechtl. Bed. 2. Band, 61. Bed.

§. 1173. Von der actione aedilitia.

Die Klage aus dem Edict des Aedilis gegen den, der ein reissendes Thier zu nahe an der Straße hält, auf den doppelten Schadensersatz, fällt heutigestags weg. Wenn ein solcher Fall passirt: so klagt man nur auf das Einfache; aber die Obrigkeit dictirt dem Eigenthümer des Thiers noch eine Geld- oder Gefängnißstrafe, nachdem seine Nachlässigkeit groß, und der Schaden beträchtlich ist.

TIT. X.

DE HIS PER QUOS AGERE POSSUMUS.

§. 1174. Was ist ein Procurator?

Procurator, Sachwalter heißt hier ein gerichtlicher Bevollmächtigter, einer, der in meinem Namen einen Proceß führt. Nach dem Römischen Recht war er *dominus litis*, das heißt, er wurde nicht als Bevollmächtigter, sondern als Principal angesehen; er war, als ob er den Proceß nicht in fremdem Namen, sondern in seinem eignen führe. Der Grund dieser Fiction lag darinn, weil nach dem alten Römischen Recht keine Procuratoren vor Gericht zugelassen wurden, und man ste in den neuern Zeiten doch zulassen wollte. Man schicanirte also die alten Gesetze durch eine Fiction. Die Folgen von dem domino litis waren, daß der Procurator nach Gefallen einen andern an seine Stelle setzen; daß er auch nach dem Todt des Principals den Proceß continuiren; daß die Vollmacht nicht anderst, als aus wichtigen Ursachen, und nach vorausgegangener Untersuchung vom Principal revocirt, auch nicht auf andere Weise vom Procurator aufgekündigt werden konnte; daß die Sentenz auf den Namen des Procurators gerichtet wurde; endlich daß actio iudicati sowohl von ihm als gegen ihn angestellt werden konnte.

§. 1175. Wer bestellt einen Procurator?

Niemand als der dominus, das heißt, als der, welchen der Proceß betrifft, kann einen Procurator bestellen. Er muß aber auch die freye Administration seiner Sachen haben, über sein Vermögen zu disponiren befugt seyn. Daher können Rasende, Blödsinnige, Kinder, Taubstumme (die ihre Gedanken nicht erklären können), keinen Procurator bestellen.

§. 1176. Procurator und Advocat sind unterschieden.

Wie sind Advocat und Procurator unterschieden? Bey den Römern hieß Advocat einer, qui pro alio postulabat, das heißt, der vor Gericht eine Rede für eine Proceß führende Parthey hielt. Heutigestags heißt Advocat ein Rechtsgelehrter, der mündlich oder schriftlich litigirenden Partheyen in ihren Angelegenheiten beystehet. Der Unterschied eines Advocaten und Procurators ist also leicht zu bestimmen. Ein Procurator stellt den Principal vor, erscheint in dessen Namen vor Gericht, bekommt daher eine Vollmacht. Ein Advocat aber unterrichtet den Clienten durch mündlichen Rath, oder setzt ihm Schriften auf, die der Client vor Gericht zu übergeben hat: er repräsentirt aber den Clienten nicht, bekommt daher auch keine Vollmacht. Der Advocat muß ein Rechtsgelehrter seyn; zum Procurator ist dies nicht erforderlich. Ein Ungelehrter kann ja als Bevollmächtigter eine Schrift übergeben, einen Eid ablegen sehen, die Publication einer Sentenz anhören u. s. w. Uebrigens geht es gar wohl an, und es geschieht täglich, daß einer Advocat und Procurator zugleich ist.

§. 1177. Von der Caution de rato.

Wenn ich für einen im Gericht als Procurator erscheinen will, so muß ich von ihm eine ordentliche Vollmacht beybringen. Habe ich diese nicht: so bin ich schuldig *de rato* zu caviren, das heißt Caution zu stellen, daß mein Principal alles, was ich in seinem Namen thue, genehmigen werde, und daß ich, wenn dies nicht geschehen sollte, dem Gegentheil allen Schaden und Kosten ersetzen wolle (§. 829.) (*[1]).

(1) Die neueste und vorzüglichste Schrift über diese Materie ist Ludwig Ferdinand Dapp's Versuch über die Lehre von der Legitimation zum Proceß, Frft. am M. 1789.

§. 1178. Heutiger Gebrauch.

Man hat darüber gestritten, ob die Pocuratoren auch in Deutschland domini litis seyen. Nun ist zwar richtig, einige Reichsgesetze reden noch vom dominio litis, z. E. R. A. von 1507. in der Rubrik. Deput. Absch. von 1600. §. 99. Cammergerichts-Ordnung Part. I. tit. 19. §. nach dem sich. Daher glaubt Berger (*[1]), daß es in Deutschland statt finde. Allein die Wirkungen desselben fallen gänzlich weg. Der Procurator kann nicht substituiren, wenn es ihm nicht ausdrücklich erlaubt ist; die Vollmacht erlischt mit dem Todt des Principals, wenn sie nicht ausdrücklich auf die Erben gerichtet ist; der Procurator kann nach Belieben dem Mandat renunciiren, und der Principal es revociren, in der Sentenz wird der Name des Principals selbst genennt,

genennt, und die actio iudicati kann weder von dem Procurator, noch gegen ihn angestellt werden. Böhmer (* 2) behauptet daher mit Recht, daß das dominium litis heutigestages ein leerer Name sey.

(1) *Berger* diss. de dominio litis, in diss. selectis, n. 32.
(2) *Boehmer* diss. de dominio litis, Exerc. ad Pand. tom. 2. num. 32. und in iur. eccl. protest. lib. 1. tit. 38. §. 17. sqq.

TIT. XI.

DE SATISDATIONIBUS.

§. 1179. Ursache der gerichtlichen Cautionen.

Der litigirenden Parthey ist daran gelegen, ne iudicia fiant elusoria; das heißt, der Kläger muß Sicherheit haben, daß er das durch den Proceß erstrittene Recht am Ende auch wirklich erhalte; und der Beklagte, daß wenn er den Proceß gewinnt, und der Kläger in die Unkosten condemnirt wird, diese erhalte; auch Sicherheit, daß sich der Kläger auf die Wiederklage einlassen werde. (§. 1234.) Daher verlangen die Partheyen im Proceß Cautionen von einander.

§. 1180. Was ist Caution, und wie vielerley?

Caution, Vorstandsleistung ist, wie wir oben (§. 231.) gehört haben, Sicherheit, die man Jemanden wegen einer zu erfüllenden Verbindlichkeit aus dem Grund leistet, weil zu besorgen ist, daß man die Verbindlichkeit nicht erfüllen werde. Z. E. wenn Jemand zum Vormund bestellt wird, und man nicht versichert ist, daß er gut haushalten werde: so muß er Bürgen stellen. Er ist verbunden, nemlich gut zu administriren; man ist nicht versichert, daß er es thun werde; also es ist Besorgniß vorhanden; er stellt daher Bürgen, und diese geben dem Pupillen Sicherheit. Die Caution kann durch Bürgen, durch Pfänder, durch Gefängniß, durch einen Eid, und durch bloßes Versprechen geleistet werden. Durch einen Eid; wenn z. E. mein Schuldner abreisen will, und nicht im Stand ist, durch Bürgen oder Pfänder Caution zu leisten, ich ihn auch nicht arretiren lassen will: so kann ich eine eidliche Versicherung, daß er binnen einer gewissen Zeit zahlen wolle, verlangen. Durch Gefängniß; z. E. wenn ich mein ich meinen flüchtigen Schuldner verfolge, und ihn an einem fremden Ort arretiren lassen will, wo man mich nicht kennt: so kann er in Ermangelung anderer Sicherheit fordern, daß ich bis zu ausgemachter Sache auch im Arrest bleibe.

Durch

Durch bloßes Versprechen; dies wird z. E. bey gerichtlichen Cautionen angenommen, wenn Jemand mit liegenden Gütern angesessen ist.

§. 1181. Wann wird Caution im Gericht geleistet?

Nach dem Römischen Recht mußte der Beklagte Caution a) de iudicio sisti, und b) de lite ad exitum usque continuanda leisten; er mußte caviren, daß er sich auf jedesmalige Citation stellen, und den Proceß bis ans Ende fortsetzen wolle. In Realklagen mußte er auch c) Caution iudicatum solvi stellen, daß er das Object des Processes herausgeben wolle, sobald er dazu würde condemnirt werden. Der Kläger aber cavirte: a) daß er innerhalb zwey Monaten, vom Tage der übergebenen Klagschrift an, litem contestiren, b) den Proceß nicht liegen lassen, und c) im Fall er verlieren würde, den zehenden Theil vom obiecto litis als Kostenersatz bezahlen wolle. Heutigestags leistet der Beklagte, der Regel nach, keine Caution (*[1]). Der Kläger aber leistet zuweilen Caution de reconventione, de expensis und de lite prosequenda. Nemlich wenn ich in einem Gericht klage, dem ich nicht unterworfen bin, unter dem aber mein Gegner steht; z. E. ich wohne im Amt A. und belange einen Bauer im Amte B. vor diesem Amte B. so kann er a) Caution *de expensis* fordern; das heißt Sicherheit, daß ich, wofern ich verlieren und in die Kosten condemnirt werde, sie dem Beklagten ersetzen will. Dies ist deswegen nöthig, weil das Amt B. über mich keine Jurisdiction hat, mich also zur Erlegung der Kosten nicht zwingen kann. Er kann b) Caution *pro reconventione* verlangen, nemlich in dem Fall, daß er eine Wiederklage gegen mich hat, die nicht eher, als nach entschiedener Klagsache kann angestellt werden. Denn die Regel ist: wenn ich vor einem Gericht geklagt habe, und mein Gegner eine Gegenklage hat: so muß ich mich vor demselben Gericht einlassen, an dem ich die Klage angebracht habe, ob ich gleich sonst darunter nicht stehe. (§. 1234.) Zuweilen aber kann die Gegenklage nicht eher anhängig gemacht werden, als bis die Klage geendigt ist. Z. E. wenn ich einen actione furti belange: so kann er eine Gegenklage anstellen (actionem iniuriarum), aber nicht eher, als bis der erste Proceß geendigt, und er absolvirt ist. Damit er nun versichert sey, daß ich mich vor dem Richter, wo die Klagsache gehängt hat, einlassen werde, kann er Caution fordern, und diese heißt cautio pro reconventione. Die Caution de prosequenda lite muß der Kläger alsdann stellen, wenn er den Beklagten zur Einlassung auf die Klage hat citiren lassen, in diesem Termin selbst ausgeblieben ist, und nun um eine neue Citation bittet.

(1) Die Ausnahmen s. bey *Boehmer* in introd. in ius dig. lib. 2. tit. 8. §. 10.

TIT. XII.

DE PERPETUIS ET TEMPORALIBUS ACTIONIBUS ET QUAE AD HEREDES ET IN HEREDES TRANSEUNT.

§. 1182. Grund der Extinctivpräscription.

Wir haben oben (§. 393.) gehört, daß die Verjährung entweder eine adquisitive oder extinctive, und wie diese beyde Gattungen verschieden seyen. Von der adquisitiven handelt der sechste Titel des zweyten Buchs; von der extinctiven der gegenwärtige. Der Grund dieser letzten liegt darinn: dem Staat ist daran gelegen, daß die Klagen binnen gewisser Zeit angestellt werden. Denn werden sie zu lange verschoben, so kommt die Sache in Vergessenheit; die Zeugen, wodurch sie könnte aufgeklärt werden, sterben weg; die Documente gehen verlohren. Daher hat das Römische Recht jeder Klage einen gewissen Termin gesetzt. Binnen diesem muß sie angestellt werden. Verfließt diese Zeit: so ist die Klage erloschen, und kann nicht mehr angestellt werden. Das Römische Recht erfordert zu dieser Verjährung keine bonam fidem. Aber nach dem canonischen Recht, nemlich C. fin. X. de praescript. ist dieselbe erforderlich, und zwar nach der richtigern Meynung ohne allen Unterschied (* 1).

Nur fragt es sich, ist ein jeder in mala fide, welcher weiß, daß er dem andern zu etwas verbunden ist, oder kommt ein Schuldner erst in malam fidem, wenn die Schuld gefordert wird? Man mache einen Unterschied: entweder a) ist die Rede von einer Verbindlichkeit, die ich von freyen Stücken erfüllen muß, weil es sich von selbst versteht, und ich vernünftiger Weise annehmen muß, daß der andere die Erfüllung verlange; oder b) von einer solchen, die ich nicht ehev zu erfüllen schuldig bin, bis es ein anderer verlangt, indem ich nicht weiß, ob der andere sein Recht gegen mich verfolgen will oder nicht. Z. E. einer, welcher Geld geborgt hat, ist schuldig es wieder zu bezahlen, auch ohne daß der Gläubiger es fordert. Hingegen wer einen andern in einem Kaufe über die Hälfte lädirt hat, ist nicht verbunden ihn zu entschädigen, solang dieser es nicht ausdrücklich verlangt. Im ersten Fall macht die bloße Wissenschaft, daß ich schuldig bin, malam fidem, im letzten nicht (* 2).

(1) *Leyser* sp. 755. med. 8. *Pufendorf* Tom. 1. Obs. 115. *Io. Ern. Hoepfner* Diss. de necessario b. f. requisito in praescriptione actionum personalium §. 15. sqq. *Westphal* Diss. de indole bonae fidei in praescriptionibus §. 17. sqq. *Oelze* diss. de litterar. obligat. cap. 1. §. 10. sqq. Struben rechtl. Bed. 4. Th. 127. Seite.

(2) *Engel* colleg. iur. can. lib. 2. tit. 26. n. 18. *Oelze* l. c. §. 18. sqq.

§. 1183. Die Klagen sind entweder perpetuirliche oder temporelle.

Die Klagen werden in actiones perpetuas und temporales eingetheilt. Nemlich actio perpetua heißt diejenige, welche dreyßig oder mehr Jahre dauert; temporalis, welche binnen weniger als dreyßig Jahren angestellt werden muß. Die Ursache, warum die Klagen, die wenigstens dreyßig Jahre dauern, perpetuae heißen, liegt darinn, weil diese Klagen nach dem alten Römischen Recht wirklich ewig, das heißt in keinen Zeitraum eingeschränkt waren.

§. 1184. Von den Realklagen, und zwar zuerst von der Reivindication.

Fragt man nun, wie lange dauert jede Art von Klage: so ist die erste Regel: die Realklagen dauern dreyßig Jahre (* 1). Dahin gehört zuerst die Reivindication. Diese muß also binnen dreyßig Jahren angestellt werden. Ausnahmen sind, wenn eine Kirche oder der Fiscus ihre Sachen vindiciren wollen: denn diese können es binnen vierzig Jahren thun.

Noch eine wichtige Bemerkung steht in der Note zu diesem §. Bey den Realklagen muß man zwey Dinge wohl unterscheiden, die aber von den meisten Juristen verwirret werden: nemlich eine Realklage geht durch die Extinctivpräscription zu Grunde, und eine Realklage ist durch eine nothwendige Folge erloschen, weil ein anderer ihren Gegenstand durch die adquisitive Verjährung von 3, 10, oder 20 Jahren an sich gebracht hat. Sobald einer den Gegenstand meiner Reivindication, z. E. das Pferd usucapirt; so ist die Reivindication des Pferdes verlohren; aber nicht wegen der Extinctivpräscription, sondern im Gefolge der Usucapion. Der Besitzer ist durch dieselbe Eigenthümer geworden; folglich ist mein Eigenthum, und die daraus entspringende Klage verlohren. Man nehme aber an, daß Jemand ein Haus mala fide besitzt, und es folglich nicht usucapiren kann, daß gleichwohl der Eigenthümer binnen dreyßig Jahren keine Vindication dieses Hauses angestellt hat, oder daß Jemand eine rem furtivam oder vi possessam besitzt, die er also auch nicht durch Verjährung erwerben kann, daß er sie indessen dreyßig Jahre in Besitz gehabt hat. Jetzt ist die Klage des Eigenthümers durch die Extinctivpräscription zu Grunde gegangen. Also kurz, die Reivindication dauert dreyßig Jahre, wofern nicht ein anderer das Object derselben durch Usucapion an sich bringt. Denn in diesem Falle geht sie binnen drey, zehen oder zwanzig Jahren zu Grunde (* 2).

(1) L. 3. C. de praescript. 30 vel 40 annor. sicut in rem speciales, ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur. Sed si qua res vel ius aliquod postuletur, vel persona qualicumque actione vel persecutione pulsetur, nihilominus erit agenti triginta annorum praescriptio metuenda. Von den Präjudicialklagen muß man nach der Analogie ein gleiches behaupten. Ausnahmen s. bey *Mencken* de act. forens. p. 271. §. 10. p. 275. §. 4.

(2) *Oelze* l. c. §. 5.

§. 1185. Von der actione confeſſoria und negatoria.

Actio confeſſoria und negatoria dauern ebenfalls ihrer Natur nach dreyßig Jahre. Indeſſen kann es auch hier geſchehen, daß ſie durch eine Folgerung eher exſpiriren. Nemlich die confeſſoria kann eher verlohren gehen, wenn ich die Servitut durch den Nichtgebrauch verliere, welches dann binnen zehn oder zwanzig Jahren geſchehen kann; die negatoria geht verlohren, wenn mein Gegner durch die Verjährung eine Servitut acquirirt hat, welches ebenfalls binnen zehen oder zwanzig Jahren möglich iſt.

§. 1186. Von der hypothecaria.

Der actioni hypothecariae ſind dreyßig Jahre vorgeſchrieben in dem Falle, wenn ein Dritter die mir verſchriebene Sache beſitzt, und vierzig Jahre, wenn ſie im Beſitz des Schuldners iſt. Einige Juriſten (* 1) ſchränken zwar den letzten Satz ein; ſie behaupten, daß im Fall der Schuldner die Sache beſitzt, und die Perſonalklage gegen ihn durch die dreyßigjährige Präſcription erloſchen iſt, auch die hypothecariſche Klage verlohren ſey. Allein die Geſetze ſagen nichts von dieſer Limitation (* 2).

(1) *Titius* in iure privato Lib. 3. Cap. 16. §. 17.
(2) *Io. Lud. Schmid* opuſcula de praeſcriptione circa pignus, opuſc. 4. §. 4. ſqq. *Rave* de praeſcript. p. 337. §. 154. (edit. de an. 1780.)

§. 1187. Von der Erbklage.

Die ſimple Erbklage, ſie mag nun aus einem Teſtament oder ab inteſtato oder aus einem Vertrage angeſtellt werden, deßgleichen die querela nullitatis, (§. 704.) und die actio ſuppletoria (* 1) dauern, ſo wie andere Realklagen, 30 Jahre. Der querelae inofficioſi aber ſind, weil ſie in den Geſetzen verhaßt iſt, fünf Jahre vorgeſchrieben.

(1) Strube 4. Thl. 253. Seite. *Voorda* interpret. et emendat. lib. 3. cap. 7. Alſo die ſuppletoriſche Klage iſt nicht auf fünf Jahre eingeſchränkt, wie *Voorda* elector. cap. 11. p. 124. ſqq. behauptet hatte.

§. 1188. Von den actionibus in rem ſcriptis.

Actiones in rem ſcriptae ſind Klagen, die ihrem Urſprunge nach perſonal ſind, und dennoch wie Realklagen gegen jeden Beſitzer angeſtellt werden können. Sie ſtimmen auch darinn mit den Realklagen überein, daß ſie dreyßig Jahre dauern. Nur von der actione quod metus haben wir oben (§. 1006.) gehört, daß ſie nach Verlauf von vier Jahren nicht mehr auf das quadruplum, ſondern nur auf das ſimplum angeſtellt werden kann.

§. 1189. Von den actionibus perſonalibus rei perſecutoriis.

Zweyte Regel: die actiones perſonales rei perſecutoriae, (§. 1119.)

ſie

sie mögen nun in den Civilgesetzen oder im Edict des Prätors gegründet seyn, dauern dreyßig Jahre. Aber auch hier sind einige Ausnahmen: 1) die Personalklagen der Kirchen, Städte und des Fiscus dauern vierzig Jahre. 2) Die Klagen, welche aus Edicten der Magistratspersonen, des Prätors oder Aedilis entstehen, kurz die *actiones honorariae*, wenn sie auf die Rescission eines Handels gerichtet sind, sind nur temporell. Die actio Paulliana (§. 1102.) dauert daher nur ein Jahr; die meisten Restitutionsklagen nur vier Jahre, die actio redhibitoria (§. 734.) sechs Monate: die actio quanti minoris (§. cit.) ein Jahr.

§. 1190. Von den Pönalklagen aus Privatdelicten.

Dritte Regel: die aus Privatdelicten entstehende Pönalklagen sind entweder in den Civilgesetzen ertheilt, oder im prätorischen Edict. Im ersten Fall dauern sie dreyßig Jahre, im letzten ein Jahr. Ausnahmen sind: 1) die actio furti manifesti, ob sie gleich vom Prätor herrührt, dauert doch dreyßig Jahre. Der Grund ist, wie Justinian pr. I. h. t. angibt; quia Praetor absurdum putavit, eam anno terminari. Der Prätor hat, wie Theophilus bey diesem §. sagt, diese Klage nicht neu erfunden, sondern nur die in den Gesetzen der 12 Tafeln bestimmte Leibesstrafe in eine Geldstrafe verwandelt. Nun hielt er es für ungereimt, wenn er zugleich die actionem perpetuam zur annali machen, und also den Dieben einen doppelten Dienst leisten wollte. 2) Die actio furti, wenn sie gegen einen Schiffer, Wirth oder Stallvermiether angestellt wird. 3) Die actio arborum furtim caesarum, wenn mir jemand meine Bäume durchgesägt, durchgehauen, geschält hat, und ich ihn auf den doppelten Ersatz des Schadens belange. 4) Actio depositi miserabilis. 5) Servi corrupti. 6) De deiectis et effusis. Alle diese dauern dreyßig Jahre, ausgenommen die letzte in dem Fall, wenn ein freyer Mensch getödtet worden ist; denn hier dauert sie nur Ein Jahr. 7) Die actio de dolo währet zwey Jahre, und der Proceß soll nach dem Römischen Recht auch schlechterdings binnen diesen zweyen Jahren geendigt werden. Wenn ich indessen betrogen worden bin, und zwey Jahre habe verstreichen lassen, so kann ich doch die actionem in factum anstellen, die dreyßig Jahre dauert und nicht entehrend (famosa) ist. (§. 1008.)

§. 1191. Von den peinlichen Anklagen.

Vierte Regel: die peinliche Anklagen dauern gewöhnlich zwanzig Jahre. Von dieser Regel gehen ab, 1) die Anklagen solcher Verbrechen, die lex Iulia de adulteriis bestraft, das heißt, die Fleischesverbrechen. 2) Die Anklage des Peculats (Peculat heißt der Diebstahl öffentlicher Gelder (§. 1270.); 3) und aus dem *SCto Silaniano*. Wenn der Erbe weiß, daß sein Erblasser

gewaltsam umgekommen ist, und es der Obrigkeit nicht anzeigt: so ist er vermöge des SCti Silaniani strafbar, und er kann innerhalb 5 Jahren angeklagt werden.

Fünfte Regel: durch die Litiscontestation werden alle Klagen perpetuiret: das heißt, wenn ich eine Temporalklage angestellt habe, und lis contestirt ist, so kann ich den Proceß 29 Jahre liegen lassen, und vor Ablauf des dreyßigsten wieder fortsetzen. Eine actionem perpetuam kann ich nach geschehener Litiscontestation 39 Jahre liegen lassen, und vor Ablauf des vierzigsten wieder erwecken und fortsetzen. Jene dreyßig und diese vierzig Jahre werden übrigens von der letzten Handlung an gerechnet, die im Proceß vorgenommen worden ist.

§. 1192. Welche Klagen gehen auf die Erben und gegen sie? Erster Satz.

Die Klagen, das heißt, das Recht zu klagen, gehören so wie alle Rechte eines Menschen zu seinem Vermögen. Daher können sie, der Regel nach, auch von den Erben und gegen die Erben angestellt werden. Die Römische Juristen sagen: actiones *ad* heredes transeunt, der Erbe kann sie anstellen; *in* heredes transeunt, man kann sie gegen die Erben anstellen. Doch hat diese Regel einige Ausnahmen. Man s. die 71ste Tabelle, und bemerke folgende Sätze: 1) die actiones rei persecutoriae und poenales können von den Erben angestellt werden; ausser wenn sie, wie die Römer sagen, blos *ad vindictam* gehen, (§. 1016.) oder wenn dem Erben nichts daran gelegen ist, daß die Klage des Erblassers auf ihn transferirt werde. Daher können die Injurienklagen, (§. 1066.) die *querela inofficiosi testamenti*, (§. 535.) *actio de calumniatoribus*, (§. 1116.) *de revocanda donatione ob ingratitudinem* (§. 412.) nicht von dem Erben angestellt werden. Denn alle diese Klagen gehen ad vindictam. (§. 1016.) Die actiones populares (§. 1119.) gehen nicht auf die Erben, weil der Erbe keinen Vortheil davon hätte. Diese Klagen kann jeder aus dem Volk anstellen; nun ist aber der Erbe auch einer ex populo, und kann daher in dieser Eigenschaft klagen; folglich wäre es ungereimt, wenn er als Erbe klagen wollte.

§. 1193. Zweyter Grundsatz.

Die actiones rei persecutoriae gehen gegen die Erben, sie mögen aus einem erlaubten Geschäft, oder aus einem Delict entstehen. Ob die aus Delicten entspringende Klagen gegen den Erben *in solidum* gehen, das heißt, ob er den Schaden ganz ersetzen muß, den sein Erblasser gethan hat, oder nur in soweit, als er (der Erbe) Vortheil aus dem Delict gezogen hat, ist zweifelhaft. Z. E. wenn der Erblasser mir 1000 fl. gestohlen hat, und davon nur 100 auf den Erben gekommen sind: so ist die Frage, kann ich von dem

Erben

Erben die ganze 1000 fl. oder nur 100 fordern? Viele behaupten (*1), daß der Erbe nur haften müsse, in so fern als er Vortheil aus dem Delict hat, und man kann allerdings wichtige Gründe für diese Meynung anführen; allein andere (*2) vertheidigen mit eben so starken Gründen das Gegentheil. Nach dem canonischen Recht (*3) und nach der Praxis (*4) kann der Erbe ohne Zweifel in solidum belangt werden. Doch nur in so weit, als die Erbschaft hinreichend ist (*5).

(1) *Hunn.* resolut. Lib. 4. Part. 6. Qu. 3. p. 1004. *Cuiac.* Lib. 7. Obs. 37. Lib. 13. Obs. 39. *Lyclam.* membran. Lib. 1. Cap. 39. *Duirsema* coniectural. lib. 1. cap. 7. et 8. p. 110. sqq.

(2) Z. E. *Faber* coniectur. lib. 3. cap. 1. *Vinnius* ad §. 1. I. h. t. *Ayrer* diss. de actionibus ex delicto rei persecutoriis adversus heredes delinquentis in solidum competentibus (Goett. 1752.) Sect. 2. §. 10. sqq.

(3) C. 28. X. de sent. ex com. C. 9. X. de usur. C. fin. X. de sepultur.

(4) *Reinharth* ad *Christ.* Vol. 3. Obs. 11. *Koch* ius crim. §. 80. Quistorp Beyträge 1. St. Seite 53.

(5) Man s. von dieser Materie noch *Ian. a Costa* praelect. ad tit. Cod. ex delict. defunctor. in *Meermann.* thesaur. tom. 1.

§. 1194. Dritter Grundsatz.

Die Pönalklagen, sie mögen nun aus einem Contract oder Verbrechen entstehen, können von den Erben angestellt werden, aber nicht gegen die Erben. (§. 1017.) Ist die Klage schon gegen den Erblasser angestellt gewesen, und er ist nach der Litiscontestation gestorben: so geht der Proceß gegen die Erben fort (*1).

(1) *Pufendorf* Tom. 4. Obs. 94.

TIT. XIII.

DE EXCEPTIONIBUS.

§. 1195. Uebergang.

Wenn Jemand eine Klage gegen mich anstellt: so muß ich antworten, *litem* contestiren, wie man es heutigestages nennt (*1); und nun sind drey Fälle möglich. Der erste: ich gestehe alles ein, und bitte nur um Zahlungsfrist. Der zweyte; ich läugne das Klagfundament, behaupte z. E. daß ich nie von dem Kläger das Darlehn empfangen hätte, das er von mir fordert. Dies heißt *litis contestatio negativa.* Der dritte: ich gestehe das Fundament der Klage ein, mache aber eine Exception dagegen; und dies ist *litis contestatio affirmativa.*

(1) Bey

(1) Bey den Römern war die litis contestatio etwas ganz anders. S. oben §. 987.

§. 1196. Was ist eine Exception?

Eine Exception, Schutzrede, Einrede, in weitläuftigem Verstande ist eine indirecte Antwort des Beklagten auf die Klagschrift. Diese Antwort ist entweder hergenommen von einem Factum, welches, wenn es richtig ist, macht, daß der Kläger gar kein Recht zu klagen hat, oder aus einem Gesetz, welches soviel wirkt, daß der Kläger sein Recht zu klagen nicht exerciren kann. Im ersten Fall heißt sie *exceptio facti*, im zweiten *exceptio iuris*. Z. E. wenn mich Jemand aus einem Darlehn belangt, und ich ihm die exceptionem solutionis entgegen setze: so ist die Zahlung ein Factum, das, wofern es erwiesen werden kann, dem Kläger alles Recht zu klagen benimmt; also die exceptio solutionis ist facti. Hingegen wenn Jemand aus einem Darlehn klagt, und ich ihm die exceptionem SCti Macedoniani entgegen setze: so gebe ich zu, daß er ein Recht zu klagen habe; behaupte aber, daß er es wegen des SCti Macedoniani gegen mich nicht ausüben könne. Bey den Römern gab man nur den exceptionibus iuris den Namen exceptio; die exceptiones facti rechnete man unter die *inficiationes*.

§. 1197. Die Exceptionen sind entweder civiles oder praetoriae.

Exceptio civilis heißt, welche aus den Civilgesetzen, praetoria, die aus dem Edict des Prätors entsteht; z. E. exceptio SCti Macedoniani, Velleiani, non numeratae pecuniae, praescriptionis, rei venditae et traditae, deficientis cessionis sind civiles. Hingegen exceptio doli mali, pacti, iurisiurandi, quod metus causa, minoris aetatis sind praetoriae.

§. 1198. Die exceptiones sind entweder peremtoriae oder dilatoriae.

Wenn ich mich durch eine Exception auf immer von der Klage zu befreyen suche: so heißt sie *peremtoria* oder *perpetua*, eine zerstörliche Schutzrede; wenn aber der Zweck der Exception nur dahin geht, mich auf eine Zeitlang gegen die Klage zu schützen: so heißt sie eine verzögerliche, *exceptio dilatoria*, *temporaria*. Peremtorische Einreden sind alle im vorigen §. angeführte, denn wenn ich z. E. *exceptionem solutionis* opponire, und sie erweise: so bin ich gegen die Klage für immer gesichert. Hingegen wenn ich die *exceptionem libelli obscuri* der Klage entgegen setze: so bin ich nur so lang frey, bis der Kläger einen neuen deutlichern Libell übergibt. Die dilatorische Einreden sind entweder a) von der Person des Richters hergenommen, dergleichen ist *exceptio iudicis suspecti*; oder b) von dem Mangel der Jurisdiction, z. E. *exceptio praescriptionis fori*, *s. fori privilegiati*, wenn der Beklagte behauptet, daß er vermöge eines besondern Privilegiums nicht unter dem Richter

stehe,

stehe, vor welchem geklagt worden ist; *exceptio primae instantiae*, der Beklagte behauptet, er müsse nicht vor dem höheren Gericht, sondern zuvor bey dem Unterrichter belangt werden, u. s. w. Oder c) von der Person des Klägers; z. E. *exceptio deficientis personae standi in iudicio;* ich führe an, der Kläger sey eine Person, die nicht im Gericht auftreten dürfe, z. E. weil er noch unmündig sey. Oder d) von dem Mangel der Vollmacht. Diese heißt *exceptio deficientis legitimationis ad acta*, der Anwald des Gegners habe noch keine Vollmacht beygebracht; oder e) vom modo procedendi z. E. *exceptio feriarum;* da jetzt Gerichtsferien seyen, so müsse man mich in Ruhe lassen; *termini nimis angusti*, der Richter habe mir eine zu kurze Frist gegeben; *nondum praestitae cautionis pro reconventione et expensis*; (§. 1199. oder f.) aus der Sache selbst (ex meritis causae), z. E. *ante diem petitionis*; ich sey das, was Kläger fordert, noch nicht schuldig.

§. 1199. Entweder perpetuae oder temporariae.

In einem andern Sinn sind *exceptiones perpetuae* diejenigen, die durch keine Verjährung erlöschen, *temporariae* die, welche, so wie die Klagen, binnen gewisser Zeit opponirt werden müssen. Der Regel nach sind alle exceptiones perpetuae. Denn es hängt, wie Paulus (*[1]) sagt, vom Kläger ab, wann er klagen will, ihm konnten also die Gesetze eine gewisse Zeit vorschreiben. Hingegen dependirt es nicht vom Beklagten, wie bald er belangt seyn will. Daher ist seinen Exceptionen kein Termin vorgeschrieben. Doch giebt es einige Ausnahmen. Dahin gehört a) *exceptio de non petendo temporalis.* Wenn mir einer verspricht, mich binnen gewisser Zeit, z. E. binnen 10 Jahren nicht zu belangen: so kann ich natürlicher Weise die exceptionem pacti de non petendo nur 10 Jahre lang, nicht länger opponiren. b) *Exceptio non numeratae pecuniae*, denn sie dauert nur zwey Jahre, und *exceptio non numeratae dotis.* Auch dieser sind gewisse Termine gesetzt, wie wir §. 854. gehört haben (*[2]).

(1) L. 5. §. 6. D. de dol. mal. except.

(2) Einige rechnen zu den exceptionibus temporariis auch die exceptionem testamenti inofficiosi (z. E. unser Autor in der alten Ausgabe des Compendiums) desgleichen die exceptionem restitutionis in integrum. Sie behaupten, daß jede Exception an einen gewissen Zeitraum gebunden sey, welche man als Klage (per modum actionis) vorbringen könne. Allein diese Meynung hat in den Gesetzen gar keinen Grund, wie *Io. Christ. Claproth* diss. de rebus mer. facult. (Goetting. 1753.) §. 2. sqq. pag. 3. sqq. und *Io. Christoph Koch* diss. de praescriptione restit. in integrum (Giess. 1780.) §. 6. sqq. zeigen.

§. 1201. Die persönlichen sind wieder zweyerley.

Die persönliche Einreden sind entweder beschränkt auf die Person dessen, der sie opponirt, oder auf die Person desjenigen, dem sie opponirt wer-

den. Exceptionen von der ersten Art sind exceptio beneficii competentiae, (1137.) und pacti de non petendo personalis; wenn ich einem versprochen habe, daß ich von ihm, so lang er lebt, nichts fordern will. Von der letzten Art giebt es nur Eine Exception, und diese ist *exceptio doli*. Denn ich kann sie nur dem selbst entgegen setzen, der mich betrogen hat. Z. E. wenn ich dem Eigenthümer eines Grundstücks eine Servitut ertheile, zu dem Contract aber betrüglich überredet werde: so kann ich dem Contrahenten selbst exceptionem doli entgegen setzen. Gesetzt aber, er verkauft das Grundstück, und der neue Eigenthümer klagt auf die Servitut. Diesem steht die exceptio doli nicht im Wege.

TIT. XIV.

DE REPLICATIONIBUS.

§. 1202. Was ist die Replik?

Gleichwie der Beklagte sich gegen die Klage durch eine Exception zu helfen sucht: so bemüht sich der Kläger die Exception durch einen Satz zu elidiren, welcher *replica* oder *replicatio* heißt. Z. E. ich klage aus einem Darlehn auf 1000 Thlr. Der Beklagte exipirt, er habe mir diese Summe am 1sten Jan. 1778. schon abgetragen. Versetze ich nun darauf, daß diese Zahlung sich auf eine andere Schuld, als auf die eingeklagte beziehe: so ist dieser Satz meine Replik.

§. 1203. Was ist die Duplik?

Antwortet der Beklagte auf die Replik des Klägers, so heißt die Antwort: *duplica*, *duplicatio*. Also Exception und Duplik kommen (in der ersten Instanz) allezeit vom Beklagten, Replik aber immer vom Kläger her.

§. 1204. Wie viel Sätze erlaubt sind?

In wohlgeordneten Gerichten muß der Schriftwechsel mit der Duplik beschlossen werden. Thut das Beklagter nicht, so gibt der Richter ein Decret: Ist die Sache *ex officio* für beschlossen anzunehmen, und sollen die Partheyen zu Anhörung eines Bescheids auf den — — erscheinen. Findet der Kläger etwas neues in der Duplik, das eine neue Beantwortung erfordert: so muß er um *veniam triplicandi*, um die Erlaubniß, eine dritte Schrift einzureichen, bitten. Diese wird nicht leicht abgeschlagen, und nun versteht sichs von selbst, daß der Beklagte das Recht zu quadruplicirem, oder die Triplik zu beantworten habe. Dem Beklagten gehört allemal der letzte

Satz,

Satz, das heißt, er übergibt die letzte Schrift, weil sonst der Kläger einen Satz mehr als der Beklagte haben würde. Wo aber die Gerichte in schlechter Verfassung sind, da schreiben die Advocaten bis zur Quintuplik und Sextuplik, ja oft noch weiter; so lange bis sie müde sind, und das werden sie nicht leicht, weil sie für die Gebühr schreiben.

TIT. XV.

DE INTERDICTIS.

§. 1205. Was sind Interdicte?

Interdicte waren nach einem gewissen Formular abgefaßte Befehle des Prätors in einer Sache, die keinen Verzug litte, oder das öffentliche Beste betraf, welche er, ohne den Impetraten (das heißt den, gegen welchen der Befehl gerichtet ist) gehört zu haben, ergehen ließ. Man legt aber auch den Bitten um ein Interdict, den Klagen auf ein Interdict, den Namen Interdicte bey; daher sagen die Römischen Juristen: interdicto agere, experiri, interdictum movere, und heutigestags sagt man: er hat ein Interdict angestellt ꝛc. In den neuern Zeiten wurden zwar die Interdicte selbst nicht abgeschaft; sonst würde Justinian nicht in den Institutionen und Pandecten so weitläuftig davon gehandelt haben; aber die alten Formeln kamen ab, und der alte modus procedendi wurde geändert; und das wollen die Worte in der Rubrik des 1sten Titels im 43sten Buch der Pandecten sagen: de interdictis, *sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt.* Ihren Namen haben übrigens die Interdicte entweder von ihrem Erfinder; wie z. E. das Salvianum, von einem Prätor Salvius; oder von den Anfangsworten, z. E. interdictum uti possidetis hat seine Benennung daher, weil es also lautete: Uti possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto; oder von dem Gegenstande z. E. interdictum de glande legenda.

§. 1206. Erste Eintheilung der Interdicte.

Sieht man auf die Form der Interdicte: so sind sie entweder *prohibitoria*, oder *restitutoria* oder *exhibitoria*; nachdem der Prätor entweder befiehlt, daß etwas unterbleiben, oder daß etwas herausgegeben, oder daß mir etwas gezeigt werden soll, um davon den nöthigen Gebrauch zu machen. Prohibitoria interdicta sind: *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit, ne quid in loco sacro fiat*, was die heilige Stätte verunzieret oder beschädiget; *ne quid in loco publico vel itinere fiat* (* 1). Ein restitutorium interdictum ist

das *unde vi*; und exhibitoria sind *interdictum de libero homine exhibendo*, *de tabulis exhibendis*.

(1) Man s. von diesen Interdicten. *Ev. Otto* de tutela viarum publ. part. 3. cap. 8. p. 521. sqq. *G. L. Boehmer* de iure principis circa loca et opera publica, cap. 2. §. 14. sqq. in elect. iur. civ. vol. 1. p. 609. sqq.

§. 1207. Zweyte Eintheilung.

Wenn man auf den Gegenstand des Interdicts sieht: so betreffen sie entweder ein obiectum divini, oder humani iuris. Von der ersten Art ist das interdictum ne quid in loco sacro fiat. Die interdicta de rebus humani iuris betreffen entweder einen freyen Menschen, dergleichen ist das interdictum de libero homine exhibendo, oder eine dem ganzen Staat gehörige Sache, wie z. E. das interdictum ne quid in loco publico fiat, oder eine Privatsache; die letztern sind entweder interdicta adipiscendae, oder retinendae, oder recuperandae possessionis. Wenn ich den Besitz einer Sache zu erlangen suche, die ich noch nie besessen habe: so ist es interdictum adipiscendae possessionis. Werde ich in meinem Besitz gestört: so suche ich ein interdictum retinendae possessionis, und wenn ich gänzlich aus dem Besitz gesetzt worden bin, mithin wieder eingesetzt seyn will, so bitte ich um ein interdictum recuperandae possessionis.

§. 1208. Interdicta adipiscendae possessionis.

Unter den interdictis adipiscendae possessionis sind die vornehmsten *quorum bonorum*, *quod legatorum* und *Salvianum*. Sonst gehören auch noch hierher: *interdictum de glande legenda*, *de itinere*, *quo venditor usus est*, und *ex L. 3. C. de pignoribus*.

Das interdictum de glande legenda ist oben §. 327. beschrieben worden. Das de itinere kommt in folgendem Fall vor: Jemand hat mir ein Grundstück verkauft, wegen dessen er bisher die servitutem itineris über des Nachbarn Grundstück ausgeübt hat, der Nachbar aber will mir, dem Käufer, das Gehen über sein Gut nicht erlauben. Ich bitte also um einen Befehl, daß er mir den Quasibesitz oder die Ausübung dieses Rechtes verstatte (*[1]). Endlich das interdictum ex L. 3. C. de pignor. (VIII. 14.) setzt voraus, daß mir einer etwas verpfändet, und zugleich erlaubt hat, bey nicht erfolgender Zahlung eigenmächtig von dem Pfand Besitz zu nehmen, gleichwohl sich dieser Besitznehmung jetzt widersetzt. Meine Bitte ist, dem Gegentheil anzubefehlen, daß er mir den Besitz des verschriebenen Stückes solange einräume, bis ich wegen Capital, Zinsen und Kosten befriediget worden sey.

(1) L. 2. §. 3. D. de interdict. Bey andern Dienstbarkeiten kann es auch angewendet werden.

§. 1209.

§. 1209. Was ist das interdictum quorum bonorum?

Das Erbrecht entsteht entweder aus den Civilgesetzen, oder aus dem prätorischen Edict. Das letzte heißt bonorum possessio. Einem prätorischen Erben stehen zweyerley Rechtsmittel zu, ein petitorisches und possessorisches. (§. 1089.) Das petitorische heißt *hereditatis petitio possessoria*, (§. 707.) das possessorische *interdictum quorum bonorum*. Der Prätor giebt dieses Interdict demjenigen, welcher sein Erbrecht einigermassen bescheinigen kann, gegen einen, der die Erbschaft pro herede oder possessore besitzt, und keine so probable Gründe seines Erbrechts anzugeben im Stand ist. Er setzt nemlich jenen in den Besitz der Erbschaft, und verweiset diesen mit seinen weit aussehenden Gründen in das petitorium.

§. 1210. Unterschied dieses Interdicts und der Erbschaftsklage.

Dieses Interdict ist also von der Erbschaftsklage (hereditatis petitione) sehr verschieden. Denn a) wer die Erbschaftsklage anstellt, der will für den wirklichen Erben erklärt seyn; er klagt auf das Erbrecht: hingegen durch das Interdict sucht man nur den Besitz der Erbschaft. b) Die Erbschaftsklage geht auf alle Erbschaftssachen, körperliche und unkörperliche, das Interdict nur auf die erstere: denn unkörperliche Sachen sind kein Gegenstand des Besitzes. (§. 341.) c) Bey der Erbschaftsklage muß der Kläger sein Erbrecht vollständig beweisen; die Ausflüchte des Beklagten, wenn sie gleich *altioris indaginis* sind, wie die Juristen reden, müssen sämmtlich untersucht und geprüft werden; hingegen wenn ich das Interdict anstelle; so bescheinige ich nur mein Erbrecht, das heißt, ich mache es wahrscheinlich; weit aussehende Exceptionen des Beklagten werden hier nicht angehört, sondern ins petitorium verwiesen. Man sieht hieraus, daß dieses interdictum sehr nützlich ist. Denn wenn ich die Erbschaftsklage anstelle, so kann der Proceß viele Jahre dauern, und während dieser Zeit bleibt der Gegentheil immer im Besitz. Hingegen bey dem Interdict geht alles summarisch und kurz, ich komme in den Besitz, und kann nun den Ausgang der Sache im petitorio ohne Nachtheil abwarten. Und aus diesem Grund, weil das interdictum quorum bonorum so nützlich ist, hat man es in der Folge auch auf den heredem civilem ausgedehnt, und nennt es daher, im Fall es der bonorum possessor anstellt, *directum*, wenn es aber der bürgerliche Erbe sucht, *utile*. Z. E. ich bin bisher öffentlich für den Bruder des Erblassers gehalten worden; da ich die Erbschaft als Intestaterbe in Besitz nehmen will, macht mir ein entfernterer Verwandter quaestionem status, behauptet, ich sey kein legitimer Bruder; seine Argumente aber erfordern eine weitläuftige Untersuchung. In diesem Fall kann ich das interdictum quorum bonorum utile mit vielem Vortheil

gebrauchen, mein Erbrecht summarisch beweisen, und bitten, daß man mich in den Besitz der Erbschaft so lange setzen möge, bis der Gegentheil sein Vorrecht in petitorio bewiesen habe.

§. 1211. Vom remedio ex L. ult. C. de edicto D. Hadr. toll.

Ja auch auf den Testamentserben ist es erstreckt worden, und in diesem Fall heißt es *remedium ex L. ult. C. de edicto Divi Hadriani tollendo* (VI. 33.) Wenn ich nemlich in einem Testament zum Erben ernennt bin, das keinen sichtbaren Fehler hat, das heißt, keinen solchen, der bey der Ansicht und Durchlesung des Testaments erhellet: so kann ich bitten, daß man mich in den Besitz der Erbschaft setze, und die exceptiones altioris indaginis der Intestaterben gegen das Testament ad separatum verweise. Den Namen hat dieses Interdict daher: Lex Iulia verordnete, daß jeder Erbe, der kein Agnat sey, fünf Procent an den Fiscus zahlen sollte. Damit diese vicesima von den Erben ohne Verzug entrichtet werden könnte, gab K. Hadrian das Edict, daß ein Testamentserbe binnen einem Jahr die Erbschaft antreten, widrigenfalls sein Erbrecht verlieren sollte. Er machte zugleich Vorschriften, wie, und binnen welcher Zeit die Testamente eröffnet werden sollten (* 1). Dies alles hob Justinian auf, und gab dagegen dem Erben das obenbeschriebene Rechtsmittel (* 2).

(1) *Gottfr. Mascov.* diss. ad L. ult. C. de Ed. D. Hadr. tollendo, §. 10. sqq. in opusc. p. 155. sqq.

(2) Die Worte des Gesetzes sind: sancimus, ut si quis ex asse vel ex parte institutus, competenti iudici testamentum ostenderit, *non cancellatum* neque *abolitum*, *neque ex quacumque suae formae parte vitiatum*, seu quod in prima figura (bey dem ersten Anblick) sine omni vituperatione adpareat, et *depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit*, mittatur quidem in possessionem earum rerum, quae testatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur, et eam testificatione publicarum personarum accipiat. Sin autem aliquis contradictor exstiterit (welcher nemlich behauptet, das Testament habe einen sichtbaren Fehler), tunc in iudicio competenti causae in possessionem missionis et subsecutae contradictionis ventilentur.

§. 1212. Vom interdicto quod legatorum.

Das interdictum quod legatorum setzt folgendes voraus: 1) ein Legatar occupirt die vermachte Sache ohne ausdrückliche Erlaubniß des Erblassers oder Erben; denn ist dies geschehen, so fällt das Interdict weg. 2) Ehe der Erbe den Besitz der Erbschaft apprehendirt hat; hat er dies gethan, so begeht der Legatar durch die Besitzergreifung ein spolium. 3) Der Erbe hat ein Interesse dabey, daß ihm das Legat wieder herausgegeben werde, weil z. E. die Falcidia noch nicht ausgerechnet und abgezogen ist; weil der Erbe die Wahl

hat,

hat, dem Legatar die apprehendirte oder eine andere Sache zu geben u. s. w. Er will auch 4) Caution stellen, daß, sobald als jene Anstände gehoben sind, der Legatarius die Sache wieder haben soll. In diesem Fall kann der Erbe das interdictum quod legatorum anstellen, und bitten, daß der Legatar die Sache wieder herausgebe, bis die vorwaltende Anstände gehoben sind.

§. 1213. Vom interdicto Salviano und quasi Salviano.

Wenn mir mein colonus, das heißt, einer, der mein praedium rusticum gepachtet hat, zur Sicherheit des Pachtgeldes seine Mobilien verschreibt, und mir Pachtgeld schuldig bleibt: so kann ich ein Interdict anstellen, um zum Besitz dieser Sache zu gelangen, und dieses heißt *Salvianum*. Man hat es nachher auch auf andere Pfandgläubiger ausgedehnt, und in diesem Fall heißt es *quasi Salvianum*, oder *utile*.

§. 1214. Unterschied dieser Interdicte von der actione Serviana und quasi Serviana.

Diese Interdicte sind also von der actione Serviana und quasi Serviana oder hypothecaria unterschieden, 1) darinn: bey diesen Klagen bitte ich, daß mir das Pfandrecht, und in Gefolge desselben der Besitz zuerkannt werde; bey den Interdicten aber nur um Besitz des Pfandes. 2) Die actio hypothecaria geht gegen jeden Besitzer; die interdicta Salvianum und quasi Salvianum nur gegen den Schuldner. Dies ist wenigstens die richtigere, in der L. 1. Cod. de precar. et Salv. interd. (VIII. 9.) gegründete Meynung (*[1]). 3) Wenn die Interdicte gesucht werden, so sind Bescheinigungen hinreichend; die Sache wird summarisch behandelt, wie bey allen Interdicten. Wo aber die hypothecarische Klage angestellt wird, da muß ein förmlicher strenger Beweis geführt werden, die Sache wird nach den Regeln des ordentlichen Processes (§. 1240.) verhandelt, und der Kläger muß sich auf alle Exceptionen des Beklagten, auch die weit aussehende (altioris indaginis), einlassen (*[2]).

(1) Dort heißt es: Si te non remittente pignus debitor tuus ea, quae tibi obnoxia sunt, venumdedit: integrum tibi ius est ea persequi, non interdicto Salviano (id *enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit*), sed Serviana actione etc. *Berger* diss. de Salv. interd. th. 10. *Water* obs. iur. rom. lib. 1. cap. 14. *Boehmer* praefat. ad *Brisson.* §. 12. not. p. in Ex. ad P. tom. 1. p. 75. et in tract. de act. sect. 2. c. 3. §. 103. *Cocceii* iur. contr. tit. de Salv. interd. *Püttmann* diss. de Salviano interdicto, cap. 6. p. 34. Anderer Meynung sind *Cuiacius* lib. 5. obs. cap. 24. *Fachinaeus* controv. iur. lib. 8. cap. 92. *Pesler* diss. de Salv. interd. utili adversus quemcunque rerum oppignoratarum possessorem competentem. *Walch* controvers. pag. 454. und zwar wegen der L. 1. §. 1. D. de Salv. interd. wo es heißt: Si colonus res in fundum

fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utrique in solidum obligatae essent: singuli *adversus extraneum* Salviani interdicto recte experientur; inter ipsos vero si reddatur hoc interdictum, possidentis conditio melior erit. Allein der *Extraneus* ist, wie der Gegensatz inter ipsos vero sqq. zeigt, der Pachter. Will man darunter aber einen dritten Besitzer verstehen, so kann doch keiner gemeynt seyn, als einer, welcher die Sache, wissend, daß sie verpfändet sey, an sich brachte; oder auch einer, der gar keinen Titel hat.

(2) *Leyser* sp. 511. m. 1. 2.

§. 1215. Von den interdictis retinendae possessionis.

Die Interdicte, wodurch man die Possession zu erhalten sucht, in welcher man sich befunden hat, und noch befindet, worinn uns aber ein anderer stört, sind das *interdictum uti possidetis* und *utrubi*.

§. 1216. Vom interdicto uti possidetis.

Wenn ich mich im Besitz einer unbeweglichen Sache befinde, und zwar 1) in meinem eigenen Namen, nicht als Miethsmann, Commodatar, Depositar u. s. w. (denn wer in eines andern Namen besitzt, bekommt dieses Interdict nicht); 2) nicht mit Gewalt, nicht heimlich, nicht bittweise (vi, clam et precario); 3) darinn turbiret werde, directe oder indirecte; z. E. Jemand will mir nicht erlauben, in meinem Hof zu bauen, meinen Wald nach Gefallen zu benutzen; macht Anstalten, mich aus dem Besitz zu setzen u. s. w. so kann ich dieses Interdict anstellen, und bitten, daß dem Gegentheil die Stöhrungen meines Besitzes verboten werden, daß er deßfalls Caution leiste (cautionem de non amplius turbando), und daß er mir allen Schaden ersetze. Den Namen hat dieses Interdict von den Anfangsworten. Denn es hieß: uti possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto. Daß der Prätor im Plural sprach, uti possidetis, und nicht uti possides, kommt daher, weil er zuweilen beyde Theile im Besitz schützte. (§. 1222.)

§. 1217. Es ist entweder summariissimum oder ordinarium.

Nach dem Römischen Recht bekam, wie gesagt, nur derjenige das interdictum uti possidetis, der sich nicht mit Gewalt, nicht heimlich und nicht bittweise im Besitz befand. Weil aber über den Besitz oft heftige Streitigkeiten entstehen, und die Partheyen zu Thätlichkeiten schreiten, indem sich ein Jeder im Besitz schützen will; in unsern Gerichten auch der modus procedendi so langsam ist, daß die Untersuchung, wer von beyden Theilen nicht vi, clam und precario besitze, viele Jahre dauern kann: so hat man in der Praxis den Grundsatz angenommen: a) daß einer im Besitz geschützt werden müsse, wenn er auch weiter nichts, als den Besitz (nudum factum possessionis) beweisen

kann;

kann; wofern nur die Fehler des Besitzes (vitia possessionis) nicht ganz offenbar sind; b) daß er indessen aus dem Besitz weichen muß, wenn er Gegentheil zeigt, daß er in einem älteren und besseren Besitz sey. Daher ist denn das interdictum uti possidetis, oder wie es die Praktiker nennen, das remedium possessorium entweder *summariissimum* oder *ordinarium*. In dem summariissimo wird auf weiter nichts gesehen, als auf das factum possessionis, ob einer jetzt im Besitz ist. Hingegen im ordinario wird auf die Qualitäten des Besitzes gesehen; ob ich länger im Besitz gewesen bin, als mein Gegner, und ob meine Possession sich auf einen gerechten Titel gründe. Kann ich z. E. zeigen, daß ich seit 10, 20 Jahren, mein Gegner aber nur kurze Zeit im Besitz war; zeigen, daß ich iustum titulum possessionis habe: so werde ich geschützt, mein Gegner muß weichen, und seine *actus possessorii* werden, wie die Praktiker reden, *pro turbativis* erklärt. Indessen kann er sich nun zum petitorio wenden. Wenn er hier zeigt, daß, ob ich mich gleich im ältern Besitz befinde, er dennoch mehr Recht auf die Sache habe, als ich: so gewinnt er, und ich muß die Sache herausgeben. Zuweilen folgen in Ansehung desselben Gegenstandes die drey remedia, summariissimum, ordinarium und petitorium auf einander. Z. E. der Streit betrifft die Jagd. Ich bescheinige, daß ich seit kurzem einigemal öffentlich und ruhig in dem Wald gejagt habe. Nun werde ich im summariissimo geschützt. Mein Gegentheil beweiset hierauf, daß er seit zehen und mehreren Jahren daselbst gejagt habe. Dies wirkt so viel, daß er im ordinario geschützt wird. Ich ergreife also jetzt das petitorium, und zeige, daß mir das Recht zu jagen zustehe.

§. 1218. Vom interdicto utrubi.

Das interdictum utrubi ist vom interdicto uti possidetis blos darinn verschieden, 1) daß es auf bewegliche Sachen geht, jenes das interdictum uti possidetis auf unbewegliche; 2) daß es nur derjenige bekommt, der den größten Theil des nächst verflossenen Jahres hindurch im Besitz gewesen ist. Den Namen hat dies Interdict auch von den Anfangsworten. Denn es lautete also: utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto. Nach dem neuen Römischen Recht wird nicht mehr erfordert, daß einer den größten Theil des Jahres hindurch im Besitz gewesen sey: sondern es ist genug, daß er zur Zeit, wo er das Interdict sucht, sich nicht clam, vi und precario darinn befinde.

§. 1219. Vom interdicto uti possidetis utili.

Das interdictum uti possidetis geht directe nur auf körperliche Sachen. Man hat es aber auch utiliter auf Gerechtigkeiten angewendet. Wenn ich im

Besitz einer Realservitut, z. E. der Jagdgerechtigkeit, des Zehendrechts u. dgl. des Nießbrauches, des iuris superficiarii, und anderer Rechte gestört werde: so kann ich dieses Interdict anstellen. In dem Fall, wo der superficiarius vom domino superficiei im Besitz gestört wird, und daher ein Interdict sucht, heißt es interdictum de superficiebus. Nach der Praxis wird das interdictum uti possidetis sogar dem Pachter gestattet, wenn ihn der Verpachter in der Perception der Früchte stöhrt.

§. 1220. Vom interdicto unde vi.

Das interdictum unde vi wird einem jeden gegeben, der 1) im Besitz gewesen ist, es mag nun ein Civil- oder blos natürlicher Besitz seyn, und zwar 2) einer unbeweglichen Sache, bey beweglichen Dingen hat das Interdict nicht statt; der aber 3) mit Gewalt aus dem Besitz gesetzt worden ist. Der Zweck ist, daß der Entsetzte wieder in die Possession gesetzt, und ihm aller Schaden vergütet werde. Nach dem Recht des Codex hat dies Interdict auch gegen den statt, der mich ohne Gewalt, aber doch unrechtmäßiger Weise meines Besitzes beraubt, z. E. gegen den Pachter, wenn er nach geendigter Pachtzeit nicht weichen will. Nicht nur der Entsetzte selbst, sondern auch der Erbe kann dieses Interdict anstellen (* 1). Gegen den Erben aber kann es nur in so weit angestellt werden, als er von dem unerlaubten Factum des Erblassers Vortheil gezogen hat, und gegen einen dritten Besitzer hat es gar nicht statt.

(1) *Walch* controv. p. 456.

§. 1221. Vom remedio spolii.

Allein im Canonischen Recht ist es auch auf diesen, desgleichen auf die bewegliche Sachen (* 1) ausgedehnt worden. Nemlich das Canonische Recht nennt ein Factum, wodurch ich meines Besitzes unrechtmäßig beraubt, oder darinn turbirt werde, *spolium* (* 2). Wer ein solches spolium erleidet, kann nach dem cap. 18. X. de restit. spoliat. gegen den spoliantem, und einen dritten Besitzer, welcher des spolii kundig, die Sache an sich gebracht hat, das remedium spolii anstellen. Ja die Ausleger des Canonischen Rechtes haben den Satz aufgebracht, der sich im Can. *redintegranda* 3. Caus. 3. Qu. 1. gründen soll: daß auch ein dritter Besitzer, der vom spolio nichts wußte, als er die Sache acquirirte, belangt werden könne. Ob nun gleich dieser Satz wirklich in dem angeführten Canon keinen Grund hat, so ist er doch, wie viele Juristen behaupten, in der Praxis angenommen (* 3); wiewohl auch manche diese Praxis für irrig und unbeständig erklären, und darauf keine Rücksicht wollen genommen wissen (* 4).

(1) *Pufen-*

(1) *Pufendorf* tom. 2. obſ. 142.
(2) Struben rechtl. Bed. 2. Band, 329. Seite.
(3) *Mynſinger* cent. 3. obſ. 85. n. 3. ſqq. *Mev.* P. 4. D. 69. p. 8. D. 382. *Boehmer* de act. ſect. 2. cap. 4. §. 40. *Wernher* part. 6. obſ. 328.
(4) Z. E. *Cramer* diſſ. de reſtitutione ſpoliati contra tertium poſſeſſorem, §. 5. in opuſc. tom. 3. p. 98.

§. 1222. Die interdicta ſind entweder duplicia oder ſimplicia.

Interdictum duplex heißt das, wo jede Parthey, ſowohl Klägers als Beklagtens Stelle vertreten kann, *ſimplex*, wo dieß nicht möglich iſt. Duplicia interdicta ſind uti poſſidetis und utrubi. Wenn ich behaupte, im privativen Beſitz einer Sache zu ſeyn, und mein Gegner dies auch von ſich behauptet: ſo kann ich gegen ihn klagen, und mich über Stöhrung des Beſitzes beſchweren; es kann aber auch geſchehen, daß er klagt. So iſt es auch bey dem interdicto utrubi. Hingegen bey den übrigen Interdicten hat dies nicht ſtatt, z. E. bey dem interdicto quorum bonorum kann kein anderer Kläger ſeyn, als der, welcher den Beſitz der Erbſchaft ſucht, und Beklagter kein anderer, als der Beſitzer. Bey dem interdicto quod legatorum iſt der Erbe Kläger, der Legatar Beklagter. Dieſe interdicta ſind alſo ſimplicia.

§. 1223. Von den Mandaten.

Eine Aehnlichkeit mit den Interdicten haben die heutigestages übliche Mandate oder Gebote. Es ſind ebenfalls Befehle, welche die Obrigkeit erläßt, ohne den, gegen welchen ſie ergehen, vorher zu hören, und haben in mehreren Fällen, als die Römiſchen Interdicte ſtatt; oft wird auch dabey eine Geldſtrafe gedrohet, welches bey den Interdicten nicht geſchah. Der Regel nach ſoll der Richter auf einſeitiges Vorbringen nichts befehlen, ſondern den Beklagten zuvor citiren und hören. Wenn indeſſen Jemand eine Sache dem Richter vorträgt, welche ganz klar, und keine weitläuftige Unterſuchung zu erfordern ſcheint, auch das, was er von Thatſachen vorbringt, ſogleich beſcheinigt, beſonders wenn ſich a) Jemand über eine Handlung beſchwert, die ſchlechterdings nicht zu vertheidigen iſt (factum nullo iure iuſtificabile); oder b) wenn die Sache das gemeine Beſte betrifft, oder c) ein unerſetzlicher Verluſt dabey zu beſorgen iſt, oder d) die Sache aus andern Urſachen keinen Verzug leidet: ſo kann der Richter nach den Reichsgeſetzen und Verordnungen, oder der Praxis einzelner Deutſchen Provinzen ſogleich einen Befehl geben. Beyſpiele ſind: wenn Jemand aus klaren Briefen und Siegeln, oder auch in andern klaren Schuldſachen klagt; wenn der andere mit Vorbeygehung der Obrigkeit ſich ſelbſt (via facti) Hülfe ſchaffen will, z. E. durch unerlaubte Pfändungen; wenn Jemand Fideicommißgüter veräuſſern will; wenn ein Arreſt gegen angebotene hinlängliche Caution nicht aufgehoben wird; wenn

Jemand widerrechtlich ein Gebäude aufführen oder niederreissen, einen Wald umhauen will; wenn mir einer die schuldigen Alimente verweigert; der Richter die Justitzpflege versagt oder verzögert, einen mit Unrecht im Gefängniß hält; der Unterrichter, nachdem von seinem Ausspruch appellirt worden ist, dach in der Sache fortfährt; wenn die Unterthanen ihrer Obrigkeit die Leistung der Huldigung oder schuldiger Abgaben verweigern; wenn Ueberfall mit Waffen, Aufruhr, Tumult, vorhanden, oder zu befürchten ist ꝛc. ꝛc.

Die Mandate sind entweder mit oder ohne Clausel, Anhang. In einem Mandate sine Clausula wird einem schlechterdings und oft auch bey Strafe zu gehorchen befohlen. Meistens wird ihm auch auferlegt in einem gesetzten Termin zu erscheinen und glaubhafte Anzeige zu thun, daß er dem Gebot ein Genüge gethan habe, oder zu sehen und zu hören, daß er seines Ungehorsams wegen in die angedrohete Strafe werde verurtheilt werden (*1). In dem cum clausula aber heißt es, er solle gehorchen oder binnen der und der Frist erhebliche Ursachen beybringen, warum er sich nicht schuldig erachte, dem Gebot Folge zu leisten. Gegen ein Mandat mit der Clausel haben alle gegründete Einreden statt, gegen eines ohne Clausel aber kann nur die *exceptio sub- et obreptionis* opponirt werden. Wenn nemlich der Impetrat (gegen den das Mandat ergangen ist) zeigen kann, daß der Impetrant (der es erhalten hat) in seiner Vorstellung wahre Umstände verschwiegen oder falsch angeführt habe; so wird das Mandat cassiret. Kann er das aber nicht, führt er keine oder solche Exceptionen an, welche der Richter ungegründet findet, so wird, entweder sogleich, oder nachdem der Impetrant mit seiner Replik gehört worden ist, das Mandat bestätigt (*2).

(1) In welchen Fällen bey den Reichsgerichten Mandate ohne Clausel erlassen werden können, bestimmt der jüngste Reichsabschied §. 79. und die Cammergerichtsordnung 2. Th. 25. Tit.

(2) Wer mehr von dem Mandatsproceß zu wissen verlangt, muß die Proceßualisten, z. E. Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses, 324. u. ff. Tit. nachschlagen.

TIT. XVI.

DE POENA TEMERE LITIGANTIUM.

§. 1224. Was heißt temere litigare?

Etwas anders ist *iniuste*, etwas anders *temere*, und wieder etwas anders *calumnioſe litigare*. Wer Proceß führt, ohne Recht zu haben, der litigirt *iniuste*. Er kann aber doch einige Scheingründe haben. Wer dergleichen

chen nicht einmal hat, und doch processirt, der litigirt *temere*. Ein temerarius litigator kann indessen glauben, Recht zu haben, er kann in bona fide seyn. Wer aber Proceß führt, und weiß, daß er Unrecht hat, blos aus Schikane processirt, der heißt *calumniosus litigator*. Um verwegene und schikanöse Processe zu verhüten, haben die Gesetzgeber das iuramentum calumniae und verschiedene Strafen eingeführt.

§. 1225. Vom iuramento calumniae.

Das iuramentum calumniae, Eid vor Gefährde, ist der Eid, wodurch Parthey oder Sachwalter versichern, daß sie ihre Sache für gerecht halten. Nach dem Römischen Recht soll jede litigirende Parthey und jeder Advocat bey dem Anfang des Processes ein *iuramentum calumniae generale* ablegen. Allein dieß geschieht heutigestags fast nirgends. Hingegen das iuramentum calumniae *speciale*, das auf einzelne im Proceß vorkommende Handlungen gerichtet ist, ist noch gewöhnlich. Z. E. wenn ich von Jemand die Herausgabe gewisser Documente fordere, und es wahrscheinlich ist, daß ich dies nur in der Absicht thue, um ihn zu schikaniren: so kann er von mir das iurmentum calumniae fordern. Auch muß fast in allen deutschen Provinzen einer, der seinem Gegentheil den Eid deferirt, zuvor das iuramentum calumniae schwören.

§. 1226. Von den Strafen der verwegenen Litiganten.

Die Strafen des verwegenen Litigirens sind mancherley. 1) *Poena dupli*. Diese findet statt, a) wenn ich einem ein depositum miserabile wissentlich ableugne; (§. 785.) b) wenn ich leugne, ein damnum iniu ia begangen zu haben; (§. 1058.) oder c) exceptionem non numeratae pecuniae gegen besseres Wissen opponire; (§. 851.) oder d) ein Vermächtniß, das einer frommen Stiftung verlassen ist, boshaft ableugne. (§. 1121.) 2) Die Last der Beweisführung. Wenn ich condictionem indebiti anstelle, so muß ich beweisen, daß ich *indebite* bezahlt habe. Gesetzt aber, ich belange einen condictione indebiti, und er leuguet die Zahlung. Jetzt muß er zur Strafe beweisen, daß ich *debite* bezahlt habe. 3) Der Verlust des Rechtes, ein schädliches Thier an Zahlungsstatt zu geben. (§. 1169.) 4) Die Ersetzung der Processkosten. Wenn ich einen Proceß zwar verliere, aber doch einige Scheingründe vor mir gehabt habe, so werden die Kosten verglichen, das heißt, ich ersetze meinem Gegentheil das nicht, was ihn der Proceß gekostet hat. Wer aber temere litigirt und verliert, der muß dem Sieger alle Processkosten erstatten (* [1]). Ob die erste der besagten Strafen in Deutschland noch dictirt werde, daran zweifle ich, da wir keine Klagen aufs Doppelte, Dreyfache ꝛc. haben. (§. 1127.) Die übrigen aber unter Num. 2. 3. und 4. finden auch bey uns statt.

(1) Dies ist die gemeine Lehre. Richtigere Grundsätze giebt Hr. Prof. Weber in s. Abhandlung über die Proceßkosten, deren Vergütung und Compensation, Schwerin 1788. 8. Er zeigt, daß die Erstattung der Proceßkosten keine eigentliche Strafe, sondern eine Entschädigung des obsiegenden Theils ist, und daß daher die Materie von Ersetzung dieser Kosten aus der Lehre von der Schadensersetzung beurtheilt werden müßte.

TIT. XVII.

DE OFFICIO IUDICIS.

§. 1227. Was heißt iudicium?

Das Wort iudicium hat im Römischen Recht mancherley Bedeutungen. Es bedeutet a) zuweilen den Richter, wenn er nemlich aus mehreren Personen besteht. Man sagt z. E. das Gericht befehle etwas. b) Zuweilen eine Klage z. E. in dem Ausdruck iudicium finium regundorum; zuweilen c) der Ort, wo Gericht gehalten wird: zuweilen d) die Form des Processes. Hier verstehen wir darunter eine gesetzliche Untersuchung und Entscheidung eines Rechtsstreites, die von dem competenten Richter geschieht. In dem iudicio ist also zu betrachten 1) das Subject desselben, das heißt, die Personen die dazu gehören; 2) das Object, oder die Sachen, welche untersucht und entschieden werden; 3) die Form, welche der Proceß heißt.

§. 1228. Personen des Gerichts.

Einige Personen sind im Gericht wesentlich nöthig, andere sind nur zufällig vorhanden. Wesentlich nöthige sind der Richter und die Partheyen, das heißt, Kläger und Beklagter. Zufällige Personen sind auf Seiten des Richters der *Actuarius*, die Beysitzer, Scribenten, Gerichtsdiener, und bey den Römern die *manus militaris*, Leute die zur Execution gebraucht wurden: von Seiten der Partheyen: die Advocaten, Procuratoren, Syndici; *litis denunciati*, Vormünder, Pfleger, und *actores*, das heißt, Sachwalter, die der tutor oder curator allein ohne Zuziehung des Pupillen, und zwar vor geschehener Litiscontestation bestellte.

§. 1229. Was ist der Kläger und Beklagte?

Kläger heißt, welcher im Gericht verlangt, daß ihm etwas gethan oder gegeben werde; Beklagter, der sich gegen die Klage vertheidigt. Zuweilen wird Jemand belangt, und stellt gegen den Kläger eine Wiederklage (reconventionem) an. Z. E. ich belange einen aus einem Pachtcontract. Er behauptet, daß er mir nichts schuldig sey, mich vielmehr überzahlt habe, und

fordert

fordert dies Ueberzahlte zurück. In diesem Fall heißt er der Wiederkläger, und ich, der Kläger, heisse Wiederbeklagter. Beyde, sowohl der Kläger als Beklagte müssen personam standi in iudicio, das heißt, das Recht haben, im Gericht zu erscheinen. Von dem Kläger insonderheit ist zu bemerken, daß er, der Regel nach, nicht gezwungen wird, zu klagen. Die Ausnahmen dieser Regel kommen in den Pandecten vor. Einige Rechtssachen giebt es, wo jeder von den Partheyen Kläger und Beklagter seyn kann; wer zuerst im Gericht erscheint und die Sache anhängig macht, ist Kläger, der Gegentheil ist Beklagter. Diese Sachen sind die actio *finium regundorum*, *familiae herciscundae* oder *communi dividundo*, und sie heissen daher *iudicia duplicia*. Wenn nemlich die Gränzen zwischen meinem und meines Nachbarn Acker confus sind; oder wenn ich und ein anderer bisher eine Erbschaft, eine einzelne Sache gemeinschaftlich besessen haben: so kann er sowohl als ich auf die Herstellung der Gränze, auf die Theilung klagen. Wer aber zuerst klagt, ist Kläger.

§. 1230. Eigenschaften des Richters.

Bey dem Richter wird erfordert: 1) daß er die Jurisdiction habe; 2) daß er competent, und 3) nicht verdächtig sey. Verdächtig ist er, wenn nicht zu glauben ist, daß er unpartheyisch in dem Proceß verfahren werde. Die Ursachen, welche einen Richter verdächtig machen, sind mancherley: nahe Verwandschaft, vertraute Freundschaft, Feindschaft mit einer Parthey, Vortheil, oder Schaden, den er von dem Ausgang des Processes hat ꝛc. (*[1]). Einen verdächtigen Richter kann man verwerfen (*recusare*) (*[2]).

(1) *Ziegler* dicaſt. concluſ. 13.
(2) L. 16. C. de iudic. (III. 1.)

§. 1231. Was ist Jurisdiction nach Römischem Recht?

Jurisdiction heißt bey den Römischen Rechtsgelehrten das Recht einer Magistratsperson, eine streitige Civilsache zu untersuchen und zu entscheiden. 1) Die Römer also legten die Jurisdiction allein den Magistratspersonen bey, nicht den *iudicibus pedaneis*, den Beysitzern des Prätors; auch nicht dem *arbitro*, das heißt, einem Schiedsrichter, der blos von den Partheyen zur Entscheidung eines Streits erwählt worden ist, aber keine öffentliche Autorität hat. 2) Das Recht, die Verbrechen zu bestrafen, das wir heutigestags die peinliche Gerichtsbarkeit nennen, hieß bey den Römern nicht Jurisdiction in eigentlichem Verstande, sondern *quaestio* oder *gladii potestas*. 3) Auch das Recht, die Handlungen der Bürger, z. E. Manumissionen, Emancipationen, Alienation der Güter eines Minderjährigen zu bestätigen, was wir heutzutage iurisdictionem voluntariam nennen, wurde bey den Römern nicht unter dem Wort iurisdictio begriffen, wenn sie das Wort in seiner eigentlichen Bedeutung nahmen. (S. die 72ste Tabelle.)

§. 1232.

§. 1232. Grundsätze von der Jurisdiction.

1) Die Jurisdiction kam den Römischen Magistratspersonen iure magistratus zu; das heißt, gewisse Personen waren dazu bestellt, daß sie die Jurisdiction ausüben sollten, dies war ihre ursprüngliche und wesentliche Bestimmung. 2) Hingegen das Recht die Handlung der Bürger zu bestätigen, hatten einige Magistratspersonen durch besondere Gesetze bekommen. Auch 3) das ius gladii kam nur einigen vermöge besonderer Gesetze zu. 4) Die Rechte, welche eine Magistratsperson iure magistratus hatte, also kurz, die eigentliche Jurisdiction konnte er einem Vicarius übertragen (mandare poterat). Hingegen Rechte, die ihm aus besonderen Gesetzen zustanden, also die peinliche Gerichtsbarkeit und die iurisdictionem voluntariam mußte er in eigner Person ausüben.

§. 1233. Die Jurisdiction ist entweder propria oder mandata.

Nemlich ein Römischer magistratus war befugt, seine Jurisdiction einem Vicarius zu übertragen, und durch diesen exerciren zu lassen. Denn bey den Römern waren militarische Verdienste ein Mittel, zu allen Ehrenstellen, auch zu solchen zu gelangen, mit denen Jurisdiction verbunden war. Ein Römischer magistratus verstand also oft gar nichts von Jurisprudenz; und man mußte gestatten, daß ein solcher die Jurisdiction durch einen andern Rechtsverständigen verwalten ließ. Daher war die Jurisdiction entweder propria oder mandata. Wenn der magistratus die Gerichtsbarkeit in eigner Person ausübt: so heißt sie *propria*; wenn er sie aber einem andern überträgt, so hat dieser *mandatam* oder *delegatam*.

§. 1234. Entweder ordinaria oder prorogata.

Wenn ein magistratus die Jurisdiction über seine gewöhnliche Gerichtsunterthanen ausübt: so heißt sie *ordinaria*; wenn er sie aber über solche Personen exercirt, die sonst nicht unter ihm stehen, die nur jetzt wegen einer Prorogation der Gerichtsbarkeit sich vor ihm einlassen müssen: so heißt sie *prorogata*. Die Prorogation aber geschieht entweder durch einen Vertrag; wenn ich nemlich mich freywillig der Jurisdiction eines Richters unterwerfe, unter dem ich nicht stehe; oder durch das Gesetz. Nemlich in dem Fall, wenn ich Jemand belange, und er eine Gegenklage (*reconventionem*) gegen mich anstellt: so muß ich mich auf die Gegenklage vor der Obrigkeit einlassen, vor der ich geklagt habe; ob ich gleich sonst nicht unter ihr stehe. Z. E. wenn ein Bauer aus dem Amte A. einen Einwohner des Amtes B. aus einem Pachtcontracte belangt, und dieser nicht nur leugnet, aus dem Contracte etwas schuldig zu seyn, sondern auch Gegenforderungen formirt, und auf diese eine

Wieder-

Wiederklage anstellt: so muß sich der Kläger vor dem Amt B. einlassen, ob er gleich diesem Beamten sonst nicht unterworfen ist.

§. 1235. Was ist das imperium und wie vielerley?

Imperium heißt bey den Römern das Recht, durch Strafen und Zwangsmittel die Bürger zu ihrer Pflicht anzuhalten. Sie theilen es zu den Zeiten der freyen Republik in civile und militare, zu den Zeiten der Kayser in merum und mixtum ein. Das civile hatten die magistratus urbani maiores, der dictator, die consules, praetores und censores. Das militare hatten die magistratus militares. Es begriff das Recht über Leben und Tod, das kein magistratus urbanus hatte. Was das merum und mixtum imperium war, ist gar nicht ausgemacht. Die gemeine Meynung, die auch Noodt (*1) vertheidigt, ist: merum imperium sey die peinliche Gerichtsbarkeit, oder das Recht, die Verbrechen zu strafen, gewesen. Aber diese Meynung läßt sich nicht beweisen. Man beruft sich zwar auf L. 3. D. de iurisd. Proconf. wo es heißt: merum est imperium habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines. Allein diese Worte beweisen nur, daß das Recht, Verbrechen zu strafen, ein Stück, eine Wirkung des meri imperii war, nicht daß das ganze merum imperium darinn bestanden habe (*2). Albrecht und Gebauer (*3) sagen, merum imperium est summa in provincia potestas cum iure gladii coniuncta. Bach (*4) glaubt, das summum imperium exercitus, wobey keine Jurisdiction war, habe merum imperium geheisen. Endlich Menken am a. O. hält dafür, das Recht, eine Sentenz zu exequiren, die ein anderer gesprochen hat, sey darunter zu verstehen. Das mixtum imperium halten die meisten für das Recht, eine Sentenz in Civilsachen zu exequiren. Albrecht am a. O. aber glaubt, es sey nichts anders als die Jurisdiction selbst, Bach am a. O. es sey potestas in provincia coniuncta cum iurisdictione gewesen.

(1) Tract. de iurisdict. et imperio Lib. 1. Cap. 4.
(2) *God. Lud. Mencken* progr. merum imperium iurisdictionem criminalem non esse in opusc. pag. 486. sqq.
(3) *Albrecht* Diss. de mero imperio §. 8. *Gebauer* Diss. de iurisdict. C. 1. §. 4. not. d.
(4) Unpartheyische Critik über juristische Schriften, 3 Band, 176. Seite.

§. 1236. Heutiger Begriff der Jurisdiction.

In Deutschland nimmt man die Worte Jurisdiction, Gerichtsbarkeit in weitläuftigerem Verstande, als die Römer das Wort iurisdictio nahmen. Denn man versteht darunter die ganze Gewalt, und jede Gattung derselben, welche einer obrigkeitlichen Person zukommt. Daher theilen wir die

Jurisdiction nicht nur, wie die Römer, in propriam und delegatam, ordinariam und prorogatam, sondern (S. die 72ste Tabelle) auch auf folgende Art ein. 1) In Ansehung der Sachen (causarum) ist sie entweder *voluntaria* oder *contentiosa*. Wenn die Obrigkeit eine Handlung der Unterthanen bestätigt, ihr öffentliches Ansehen beylegt: so übt sie iurisdictionem voluntariam aus; z. E. die Obrigkeit confirmirt einen Contract; erlaubt, daß die Güter eines Minderjährigen veräussert werden; läßt ein Testament bey sich hinterlegen; nimmt eine Schenkung zum Protocoll. Wenn aber die Obrigkeit einen Streit der Unterthanen (causam controversam) untersucht und entscheidet, so exercirt sie iurisdictionem *contentiosam*. Die voluntaria ist entweder *mera* oder *mixta*. Die contentiosa entweder *civilis* oder *criminalis*. Iurisdictio voluntaria mera ist vorhanden, wenn die Obrigkeit eine Handlung ohne vorhergehende Untersuchung bestätigt; mixta, wenn vor der Bestätigung eine causae cognitio vorausgeht. Z. E. wenn bey der Obrigkeit ein Testament hinterlegt, eine Schenkung angezeigt, um die Confirmation eines Contracts gebeten wird: so stellt sie keine causae Cognition an; sie übt also iurisdictionem voluntariam meram aus. Will hingegen ein Minderjähriger etwas veräussern, so muß vor dem decreto alienandi eine Untersuchung geschehen. Hier also trit iurisdictio voluntaria mixta ein. Die iurisdictio *civilis*, oder *inferior*, oder *bassa* geht auf Processe über erlaubte Handlungen, auch rechnet man die Bestrafung der Excesse oder kleinen Vergehungen (delictorum leviorum) dahin; die iurisdictio *criminalis*, oder superior, oder *alta* hingegen beschäftigt sich mit eigentlichen Verbrechen, (delictis gravioribus) und deren Bestrafung. 2) In Ansehung der Art, wie einem die Jurisdiction zusteht, ist sie entweder *realis*, oder *patrimonialis*, oder *administratoria*. Die Jurisdiction kann nemlich auf Jemand als ein Recht übertragen seyn: der Landesherr kann aber einem Unterthan auch blos die Ausübung derselben überlassen. Im letzten Fall heißt sie iurisdictio administratoria oder officialis. Dergleichen haben die Beamten, Justizcanzleyen, Hofgerichte, Ober-Appellationsgerichte, u. s. w. Im ersten Fall ruht entweder die Gerichtsbarkeit auf einem Gute, daß nemlich alle Besitzer dieses Gutes, Dorfes u. s. w. diese Gerichtsbarkeit haben, oder sie steht einer *universitati*, z. E. einem Stadtrath, einer Academie u. s. w. zu. Jene heißt *patrimonialis*, diese *realis*. Endlich in Ansehung des Umfanges, ist die Gerichtsbarkeit entweder *universalis* oder *particularis*. Wenn nemlich ein Richter in einem gewissen District in allen Sachen und über alle Personen die Gerichtsbarkeit hat, so heißt sie universalis. Ist sie hingegen auf gewisse Arten von Sachen oder Personen eingeschränkt, so heißt sie particularis. So hat z. Z. ein Beamter nur eine Particulargerichtsbarkeit, wenn er nicht in peinlichen und nicht in Consistorialsachen sprechen darf,

darf, wenn geistliche Personen und landesherrliche Bediente nicht unter ihm stehen ꝛc. Man sehe die hierher gehörige Tabelle.

§. 1237. Was ist die Competenz des Richters?

Wer eine Streitsache mit öffentlicher Autorität entscheiden will: muß Jurisdiction überhaupt haben; er muß aber auch befugt seyn, in dieser Art von Sachen, und über diesen Beklagten Recht zu sprechen; er muß, wie die Juristen sagen, *iudex competens* seyn. Also die competentia fori erfordert zwey Stücke; 1) daß der Richter in dieser Art von Sachen Recht sprechen könne; oder daß er die speciem iurisdictionis habe, zu der die vorliegende Sache gehört. Z. E. ein Beamter kann über eine Schwängerungssache nicht sprechen, obgleich die Partheyen Bauern aus seinem Amte sind, weil die Sache zu der Consistorialjurisdiction gehört, und der Beamte diese Art von Gerichtsbarkeit nicht hat. 2) Daß der Beklagte in diesem Processe ihm unterworfen sey. Ob der Kläger unter ihm stehe oder nicht, ist einerley. Denn die Regel ist: actor sequitur forum rei, der Kläger muß vor dem Gericht klagen, dem der Beklagte unterworfen ist. Ob der Beklagte in allen Sachen oder nur in der gegenwärtigen unter diesem Richter stehe, ist ebenfalls gleichgiltig. Wenn z. E. ein Unterthan aus dem Lande A. in dem Lande B. ein Verbrechen begeht: so sind die Gerichte des Landes B. competent, aber nur in Ansehung des begangenen Verbrechens; also nur in dieser einzelnen Sache.

§. 1238. Eintheilungen des fori competentis.

Die competentia fori (S. die 74ste Tabelle) gründet sich entweder auf das gemeine Recht, oder auf ein *privilegium*. Im ersten Fall heißt das forum *commune*, im letzten *privilegiatum*. Z. E. daß ich unter der Obrigkeit stehe, in deren Gerichtsbezirk ich liegende Güter habe, kurz unter dem iudice rei sitae, ist ein allgemeines Gesetz. Wenn ich also vor ihr dieser Güter wegen belangt werde: so hängt der Proceß an einem foro communi. Hingegen die academische Personen, Professoren, Studenten, u. s. w. stehen vermöge eines besondern Privilegiums unter der academischen Gerichtsbarkeit; dieses forum ist also privilegiatum.

Das forum commune ist entweder in allen Sachen competent, oder nur in einigen. Im ersten Fall heißt es *generale*, im zweyten *speciale*. Das Römische Recht erkennt nur Ein forum commune generale; dies heißt forum domicilii (* 1). Wenn ich nemlich in dem Jurisdictionsbezirk einer Obrigkeit wohne: so muß ich mich der Regel nach, wenn ich kein forum privilegiatum habe, in allen Sachen vor ihr einlassen.

Specialia fora sind: forum *contractus*, *delicti*, *deprehensionis*, *rei sitae*, *iurisdictionis prorogatae*, *gestae administrationis*. Wenn ich nemlich an einem

nem Ort contrahiret, oder den Contract an einem gewissen Ort zu erfüllen versprochen habe, und über diesen Contract Streit entsteht: so ist die Obrigkeit dieses Ortes in dem Proceß competent; und ihr forum heißt forum contractus. Wer an einem Ort ein Verbrechen begeht, kann von der Obrigkeit dieses Orts bestraft werden (*forum delicti*). Auch die Obrigkeit, welche einen Verbrecher gefänglich einzieht, kann ihn bestrafen (forum deprehensionis). Wer liegende Güter an einem Ort hat, muß sich vor der Obrigkeit des Ortes einlassen, wenn er wegen dieser Güter belangt wird (*forum rei sitae*). Wenn zwey Sachen connex sind, und eine Obrigkeit in der einen Sache competent ist, so kann sie auch die andere vor sich ziehen (*forum continentiae causarum*). Die Obrigkeit, welche einen Verwalter fremder Güter, z. E. einen Vormund bestellt, ist competent, wenn er wegen dieser Administration belangt wird (*forum gestae administrationis*). Endlich wenn ich die Jurisdiction eines Richters entweder freywillig über mich anerkenne, oder in der Reconvention anerkennen muß: (§. 1234.) so ist *forum prorogatae iurisdictionis* vorhanden.

Die fora privilegiata sind von zweyerley Art, denn das privilegium ist entweder der Sache, oder der Person gegeben. Zu den foris privilegiatis ratione causae gehört *forum causarum ecclesiasticarum*, *fiscalium*, *feudalium*, u. s. w. zu den privilegiatis intuitu personae das *forum personarum miserabilium*, *militum*, *academicorum*, *clericorum*, *ministrorum principis*, u. s. w.

Nemlich geistliche Sachen haben ihr eignes forum, wo sie entschieden werden, das **Consistorium**. Die Fiscalsachen sollen nach dem Römischen Recht vor den höchsten Gerichten ventilirt werden. In Deutschland aber klagt der Fiscal an dem Gericht, bey dem er bestellt ist, der Reichsfiscal an den Reichsgerichten, der Regierungsfiscal an der Regierung, der Amtsfiscal bey dem Amt. Lehnsachen haben in den meisten Ländern ein eignes forum, das der **Lehnhof** heißt. Personae miserabiles heissen: **Pupillen, Wittwen, Leute, die an langwierigen Krankheiten liegen, oder einen schweren Leibesschaden haben** (*debiles*). Diese haben vermöge der L. un C. quando Imp. inter pupillos (III. 14.) das Privilegium, daß sie nicht genöthigt sind, alle Instanzen zu durchlaufen, z. E. zuerst bey dem Amt, alsdann bey der Regierung, und endlich bey dem Oberappellationsgericht ihren Proceß zu führen, sondern sie können, sie mögen nun Klägers oder Beklagtens Stelle vertreten, sogleich an das höchste Gericht im Land provociren. Soldaten stehen unter den Regiments- und Kriegsgerichten; academische Personen unter dem Rector und Senate; Geistliche unter den consistoriis; herrschaftliche

liche Bediente nicht unter den Aemtern, wie Bürger und Bauern, sondern unter den Justizcanzleyen oder Regierungen.

(1) Viele Juristen behaupten zwar, man habe nach Römischem Recht einen jeden selbst an seinem Geburtsort belangen können, und zwar in dem Fall, wenn er seine Wohnung anderwärts aufgeschlagen gehabt hätte. Dies nennen sie *forum originis speciale*. Ferner habe man jeden Römischen Unterthan auch in Rom, als einer allgemeinen Vaterstadt belangeu können. In Rom sey also das *forum originis generale* gewesen. Allein beydes ist unerweislich. Man sehe von dem angeblichen foro originis speciali *Goeddaeum* ad L. 190. de V. S. *Noodt* ad Pand. tit. de iudic. *Huber* praelect. ibid. n. 47. Und vom generali *Cocceii* in iur. contr. eod. tit. qu. 9.

§. 1239. Eintheilung der Gerichte in Rücksicht auf die Sachen.

Wenn in einem Gericht geistliche Sachen abgehandelt werden: so heißt es iudicium *ecclesiasticum*; wenn aber weltliche Sachen dahin gehören, *iudicium saeculare*. Geistliche Sachen sind nemlich: Sponsalien- Ehe- und Schwängerungssachen, Streitigkeiten über das Patronatrecht (das Recht, einen Prediger oder Schulmeister zu bestellen), Sachen, welche Accidenzien und Besoldungen geistlicher Personen betreffen, Begräbnißsachen, Inquisition wegen Ketzerey u. s. w. Die weltlichen Gerichte sind entweder Civil- oder Criminalgerichte. Man theilt aber auch in Rücksicht auf die verhandelte Sachen, die Gerichte in *iudicia realia* und *personalia*; *universalia*, *generalia* und *singularia*; *petitoria* und *possessoria* ein. Iudicium reale ist vorhanden, wenn der Proceß über ein dingliches Recht (ius in re), personale, wenn er über ein persönliches Recht (ius ad rem) geführt wird. Wenn über eine universitatem iuris, z. E. eine Erbschaft gestritten wird, so heißt es iudicium universale; wird über mehrere Gegenstände, die aber doch keine universitatem iuris ausmachen, z. E. über die Rechnungen eines Vormundes processirt: so ist es iudicium generale. Und endlich, wenn der Streit eine einzelne Sache betrifft: iudicium singulare. Ist das Recht selbst streitig: so heißt es iudicium petitorium; hingegen possessorium, wenn nur der Besitz im Streit befangen ist. (§. 1089.)

§. 1240. Von den wesentlichen Stücken des Processes.

Wenn eine Sache gerichtlich untersucht und entschieden werden soll: so sind gewisse Handlungen wesentlich nothwendig. Diese heissen *substantialia processus*, und sind *actio*, *citatio*, *responsio*, *probatio*, *sententia*. In jeder Civilsache muß geklagt seyn: denn wo kein Kläger ist, da ist kein Richter (actio). Der Beklagte muß hierauf vorgeladen (citatio), und mit seiner Verantwortung gehört werden (responsio). Diese Verantwortung besteht a) in

der Einlassung auf die Klage, indem der Beklagte sagt, was er von der Klage zugesteht oder leugnet; diese heißt man heutigestags *litis contestationem*; b) in den Exceptionen, welche er der Klage entgegensetzt. (§. 1195. u. f.) Nun muß Beweis geführt werden (probatio), und endlich muß der Richter entscheiden (sententia). Diese substantialia müssen bey Strafe der Nichtigkeit beobachtet werden; das heißt, wenn eins mangelt: so ist der ganze Proceß null. Ausser diesen substantialibus kommen aber auch noch gewisse Feyerlichkeiten im Proceß vor, die nicht wesentlich nothwendig sind. Man nennt sie *formalia processus*; z. E. daß man den Beklagten schriftlich citirt, daß der Beklagte förmlich litem contestirt, daß Beweisartikel entworfen, ein Zeugen-rotulus gemacht, über die Zeugenaussagen disputirt wird, u. s. w. sind formalia. Der Regel nach sind auch diese Formalitäten im Proceß zu beobachten; es giebt aber doch Sachen, wo sie unterbleiben dürfen, und wo man blos die substantialia observirt. Daher theilt sich der Proceß in den ordentlichen und summarischen ein. Ordentlicher Proceß ist es, wenn man die formalia beobachtet; summarischer, wenn man bey den substantialibus stehen bleibt, und die formalia übergehet.

§. 1241. Von der Appellation.

Wenn mich ein Richter graviret, ein den Gesetzen und dem Factum nicht gemässes Urthel gegen mich spricht: so bin ich befugt, an den höheren Richter zu gehen, bey ihm die Sache vorzustellen und zu bitten, daß er die Sentenz des Unterrichters (sententiam a qua) abändere. Diese Handlung heißt *appellatio*, die Berufung. Wenn ich gegen eine Sentenz die Berufung binnen zehen Tagen nicht einlege: so wird sie rechtskräftig (transit in rem iudicatam), und kann nun der Regel nach nicht mehr umgestossen werden, wenn sie gleich der Gerechtigkeit nicht gemäß ist.

TIT. XVIII.

DE PUBLICIS IUDICIIS.

§. 1242. Unterschied der öffentlichen und Privatverbrechen.

Wir wissen, daß die delicta bey den Römern in publica und privata eingetheilt werden. (§. 1014.) Diese Distinction war sehr practisch. Denn die Privatverbrechen klagte der an, welcher dadurch Schaden litt, hingegen bey den öffentlichen Verbrechen war der ganze Staat interessiret; daher war

der

der Regel nach jeder Bürger befugt, ein solches Verbrechen anzuklagen. Nur muß er in crimen subscribere, das heißt, sich verbindlich machen, auf den Fall, daß er den Angeklagten nicht überführen würde, die Strafe zu leiden, die auf das angeklagte Verbrechen gesetzt war. Wurde der Angeklagte in eine Geldstrafe condemnirt: so bekam sie nicht der Ankläger, wie bey den Privatverbrechen, sondern der fiscus.

§. 1243. Eintheilung der Strafen.

Die Strafen sind entweder *poenae capitales* oder *non capitales*. Capitalis poena heißt eine Strafe, die einem das Leben, oder die Freyheit, oder das Bürgerrecht raubt; non capitalis, welche keines dieser Dinge entzieht.

§. 1244. Gattungen der Strafen.

Die gewöhnlichen Capitalstrafen waren bey den Römern damnatio ad furcam, oder die Kreuzigung, das Verbrennen, das Enthaupten, das Herunterstürzen vom Tarpejischen Felsen, das Ertränken (culleus), die Verurtheilung zum Bergbau, das exsilium und die Deportation auf eine Insel. (§. 190.) Nicht Capitalstrafen: Stockschläge (fustium admonitio), Geisselung (flagellatio), Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten, Relegation, (§. 154.) Ehrlosigkeit, Cassation (dignitatis privatio), Geldstrafe.

§. 1245. Verbrechen sind entweder delicta ordinaria oder extraordinaria.

Diese Distinction ist oben (§. 1015.) hinlänglich erkläret worden. Ein Verzeichniß der delictorum extraordinariorum giebt Heineccius in seinen Pandecten Lib. 47. §. 128. sqq. die delicta ordinaria werden in diesem Titel abgehandelt.

§. 1246. Gesetze über die öffentliche Verbrechen.

Ueber die delicta publica ordinaria waren besondere Gesetze vorhanden. Sie sind *lex Iulia de vi et maiestate*, ein Gesetz von Julius Cäsar. Aber auch August hat eine *legem Iuliam maiestatis* gegeben. *Lex Iulia de adulteriis* ein Gesetz Augusts vom Jahr 737. *Lex cornelia de Sicariis* von Cornelius Sylla, in seiner Dictatur gegeben. *Lex Pompeia de parricidiis*, von Pompejus Magnus im Jahr 699. veranlaßt. *Lex Cornelia de falsis*, wieder von Cornelius Sylla. *Leges Iuliae de vi publica et privata.* *Lex Iulia de peculatu et residuis*; alle von August. *Lex Fabia de plagiariis*, dessen Alter und Autor unbekannt sind; endlich Leges Iuliae *de ambitu*, *repetundis* et *de annona*.

§. 1247.

§. 1247. 1248. Von dem Verbrechen der beleidigten Majestät.

Das Verbrechen der beleidigten Majestät begeht der Unterthan, welcher das Oberhaupt des Staats unmittelbar beleidigt. Die Beleidigung besteht entweder in einer feindseligen Unternehmung gegen dessen Person; man steht ihm nach dem Leben, nach dem Reich; oder in einer Injurie. Im ersten Fall heißt es *crimen perduellionis*, im zweyten *crimen laesae maiestatis in specie*.

§. 1249. 1250. 1251. Strafe dieser Verbrechen.

Die Strafe der Perduellion ist 1) die Todtesstrafe, und zwar soll nach der Halsgerichtsordnung Carls V. der Verbrecher geviertheilt, und die Stücke öffentlich aufgehängt werden. 2) *Memoriae damnatio*, das heißt, der Name des Delinquenten wird allenthalben, wo er geschrieben steht, ausgelöscht; seine Portraite zernichtet u. dgl. 3) Die Confiscation seines Vermögens. 4) Selbst seine Kinder sollen (gegen alle Vernunft und Billigkeit) gestraft werden. Die Söhne sollen von allen Erbschaften und Würden ausgeschlossen seyn, die Töchter sollen nur den Pflichttheil von ihrer Mutter erben können. Auf dem eigentlichen crimine laesae maiestatis steht Lebensstrafe, Deportation oder Relegation, nachdem der Grad der Injurien verschieden ist; und dieses Verbrechens wegen werden die Kinder nicht gestraft.

§. 1252. Von der lege Iulia de adulteriis.

Die lex Iulia de adulteriis verbietet nicht nur den Ehebruch, sondern auch unnatürliche Vermischungen, Blutschande, stuprum und lenocinium. Die Fornication, oder der Beyschlaf mit einer Hure, wurde bey den Römern nicht bestraft. Die Huren wurden öffentlich geduldet, und versteuerten ihre Profession durch eine monatliche Abgabe.

§. 1253. Vom Ehebruch.

Ehebruch heißt nach Römischem Recht der Beyschlaf mit eines andern Ehefrau oder Braut. Also nur in dem Fall, wenn ein Ehemann oder ein lediger Mensch mit eines andern Ehefrau concumbirt, nicht wenn ein Ehemann eine ledige Dirne beschläft, ist nach Römischen Begriffen ein Ehebruch vorhanden. Hingegen nach dem canonischen Recht heißt jede Verletzung der ehelichen Treue Ehebruch. Also auch ein Ehemann begeht durch Beyschlaf mit einer ledigen Weibsperson dieses Verbrechen.

§. 1254. Oeffentliche Strafen desselben.

Die Strafe, welche lex Iulia auf den Ehebruch setzte, war nicht das Schwerd, wie Justinian glaubt; sondern Relegation auf eine Insel, und Con-

Confiscation des halben Vermögens von dem Ehebrecher, und des dritten Theils von der Ehebrecherin. Auch verlohr letztere ihr Eingebrachtes zur Hälfte. Constantin aber, vielleicht schon ein Kayser vor ihm, setzte die Todesstrafe auf den Ehebruch. Justinian schaffte diese bey den Ehebrecherinnen ab, bey den Ehebrechern ließ er sie gelten. Die Ehebrecherin soll blos mit Streichen gezüchtigt, und alsdann in ein Kloster gesteckt werden, aus dem sie der Ehemann, wenn er Lust hat, binnen zwey Jahren wieder herausholen kann. Kayser Leo verordnete, sowohl dem Ehebrecher als der Ehebrecherin sollte die Nase abgeschnitten werden. Carl V. hat in der H. G. O. keine Strafe bestimmt, und die Landesgesetze gehen in dieser Materie sehr von einander ab. In Chursachsen und einigen andern Provinzen ist das Schwerd auf den Ehebruch gesetzt, an andern Orten wird er nur mit einer Geldstrafe belegt.

§. 1255. Von der Privatstrafe.

Der Ehemann und Vater einer Ehebrecherin sind aber auch selbst befugt, eine Strafe an ihr auszuüben. Nemlich der Ehemann ist befugt, den Ehebrecher umzubringen, wenn er ihn in dem Act des Delictes antrifft, und zwar entweder in seinem eignen (des Ehemanns Haus) oder anderwärts. Nur wird im letzten Fall erfordert, daß der Ehebrecher dreymal, jedesmal vor drey Zeugen gewarnet worden sey. Der Vater darf nicht nur den Ehebrecher, sondern auch seine ehebrecherische Tochter tödten, er mag sie in seinem oder seines Schwiegersohns Haus finden. Die Ursache, warum der Ehemann seine Frau nicht tödten darf, und der Vater doch die Tochter, liegt entweder in der väterlichen Gewalt, oder die Gesetze haben ihm die Erlaubniß gegeben, weil sie geglaubt haben, die väterliche Liebe würde ihn hindern, sich seines Rechtes zu bedienen.

§. 1256. Von unnatürlichen Fleischesverbrechen.

Der Fleischesverbrechen, welche nicht durch ordentlichen Beyschlaf mit einer Weibsperson begangen werden, sind vielerley, und ihre Strafe ist verschieden, wie im peinlichen Recht gelehrt wird. Einige werden mit dem Feuer, andere mit dem Schwerd, andere willkührlich bestraft.

§. 1257. Von der Blutschande.

Der Incest oder die Blutschande ist ein Beyschlaf zwischen Verwandten oder verschwägerten Personen, welchen die Gesetze die Ehe verbieten. Man nennt ihn incestum *iuris divini*, wenn ihn Personen begehen, denen das mosaische Gesetz die Ehe untersagt; incestum *iuris humani*, wenn sie nur in den

Römischen, Canonischen oder Deutschen Gesetzen verboten ist. Was die Strafe des Incests nach Römischen Gesetzen gewesen sey, ist zweifelhaft. Gleichwohl bezieht sich Carl V. in der H. G. O. auf die geschriebene Kayserliche Rechte. Die ältere Juristen haben das Sächsische Recht auch ausser Sachsen applicirt, und auf den Incest der Verwandten in der geraden Linie das Schwerd, in der Seitenlinie und auf den Incest verschwägerter Personen Fustigation, Relegation oder Geldstrafe dictirt. Aber in den neuern Zeiten hat man angefangen die Strafen zu mildern.

§. 1258. Vom stupro.

Stuprum heißt der Beyschlaf einer ledigen Mannsperson mit einer ledigen Dirne, die keine Hure ist, es ist entweder *voluntarium*, wenn die Weibsperson einwilligt; oder *violentum*, Nothzucht, wenn sie sich wehrt; oder *nec voluntarium nec violentum*, wenn sie im Schlaf oder in einer Ohnmacht liegt. Auf der Nothzucht steht das Schwerd, auf den andern Gattungen des stupri eine willkührliche Strafe. Die Confiscation des halben Vermögens des stupratoris, die nach dem Römischen Recht geschah, wenn Jemand eine Person von Stand schwächte, fällt weg.

§. 1259. Von den Rechten der geschwächten Person.

Eine Person, welche unter dem Versprechen der Ehe geschwächt worden, kann schlechterdings auf die Ehe klagen. Wenn aber kein Eheversprechen geschehen ist: so ist der stuprator nur alternativisch verbunden, entweder die Geschwächte zu heyrathen, oder ihr ein Stück Geld pro defloratione et satisfactione zu geben.

§. 1260. Von dem lenocinio.

Lenocinium, Kuppeley, Hurenwirthschaft ist eine Handlung, wodurch ein Fleischesverbrechen befördert wird; es heißt lenocinium *qualificatum*, wenn Eltern ihren Kindern, oder ein Ehegatte dem andern zu Fleischesverbrechen Veranlassung, Antrieb, Vorschub giebt; *simplex*, wenn es andere Personen begehen. Auf das erstere ist die Todtesstrafe, auf das letzte eine willkührliche gesetzt; aber jene wird heutigestags schwerlich dictirt werden.

§. 1261. 1262. Vom Todtschlag.

Todtschlag heißt ein Verbrechen, wodurch ein Mensch seines Lebens beraubt wird. Wenn es Jemand an sich selbst begeht, so heißt es Selbstmord (propricidium); aber ausser dem Todtschlag in eigentlichem Verstand. Ein der Umstände wegen vorzüglich strafbarer Todtschlag heißt homicidium *quali-*

qualificatum, ein anderer *simplex*. Das qualificatum ist dreyerley: entweder macht a) die Verwandtschaft den Todtschlag in einem höhern Grad strafbar; dahin gehört parricidium und infanticidium, oder b) die Ursache; von dieser Art sind latrocinium und assassinium; oder c) die Art zu tödten; dies geschieht bey dem Vergiften (veneficio). Parricidium heißt der Todtschlag eines nahen Verwandten, Schwagers oder Ehegatten. Die Strafe ist das Ertränken; und zwar will das Römische Recht, daß man den Delinquenten mit Ruthen streichen, alsdenn mit einem Hund, Affen, Hahn und einer Schlange in einen ledernen Sack stecken, und so auf das Meer oder einen Fluß werfen soll. Wo kein Wasser in der Nähe ist, soll er verbrannt oder den wilden Thieren vorgeworfen werden. Heutigestags ertränkt man ihn entweder, doch ohne Gesellschaft jener Thiere, oder dictirt die Strafe des Schwerdts, die aber nach Bewandtniß der Umstände dadurch exasperirt wird, daß man den Delinquenten zur Richtstätte schleift, und mit glühenden Zangen kneipt. Der Kindermord, infanticidium, wird ebenfalls mit dem Ertränken oder dem Schwerdt bestraft. *Latrocinium* ist ein Mord, der in der Absicht zu stehlen oder zu rauben geschieht. Die Strafe ist das Rad. *Assassinium* ist der Todtschlag, den ein dazu gedungener verübt. Wer einen zum Mord dinget, wird mit dem Schwerdt, wer sich hat dingen lassen, mit dem Rad bestraft. Auf das Vergiften steht ebenfalls Rad oder Schwerdt.

§. 1266. Von dem crimine falsi.

Falsum oder stellionatus ist eine jede vorsetzliche Veränderung der Wahrheit zum Schaden eines andern. Dahin gehört z. E. die Verfertigung eines falschen Testaments, oder eines andern falschen Documents; die Annehmung eines falschen Namens, die Ablegung eines falschen Zeugnisses, die Unterschiebung eines Kindes, der Gebrauch falsches Maasses oder Gewichts, das falsche Münzen.

§. 1267. Strafe desselben.

Die Strafe dieses Verbrechens ist willkührlich, Geldstrafe, Gefängniß, Relegation, Fustigation, Todtesstrafe. Was insonderheit a) die falsche Geldmünzer betrifft: so sollen sie nach dem Römischen Recht lebendig verbrennt werden. Carl V. setzt auf die verschiedene Münzverbrechen verschiedene Arten von Strafen. Die Praxis aber geht von seiner Verordnung in manchen Stücken ab (* [1]). Auch b) wer ein Kind unterschiebt, und c) ein falsches Zeugniß ablegt, wird mit dem Todt bestraft, wenn das Zeugniß verursacht hat, daß ein Unschuldiger um das Leben gekommen ist. d) Ein bey dem Steuerwesen angestellter Bedienter, der einem Unterthan eine falsche

Steuerbefreyung giebt, soll nach Römischem Recht am Leben gestraft werden. Aber heutigestags fällt dies weg.

(1) *Koch* institut. iur. Crim. §. 545. 546.

§. 1268. Was ist vis publica und privata?

Vis publica heißt Gewaltthätigkeit, die einem entweder a) mit Waffen, oder b) von einer öffentlichen Person, die ihr Amt mißbraucht, oder c) die einer öffentlichen Person, indem sie in ihren Amtsgeschäften begriffen ist, oder d) Jemanden an einem öffentlichen oder privilegirten Ort zugefügt wird. *Vis privata* heißt jede andere Art von Gewaltthätigkeit.

§. 1269. Strafe derselben.

Das Römische Recht setzt auf die vim publicam die Deportation. Wer einem mit Gewalt das Haus stürmt, oder eine Weibsperson entführt, wird am Leben gestraft. Auf die vim privatam ist die Confiscation eines dritten Theils des Vermögens und die Strafe der Ehrlosigkeit gesetzt. Heutigestages ist die Strafe dieses Verbrechens nach den Umständen verschieden, Fustigation, Gefängniß, Todtesstrafe. Diese letzte hat z. E. statt, wenn Jemand eine Weibsperson gegen ihren Willen entführt.

§. 1270. 1271. Vom peculatu.

Peculatus heißt die Entwendung öffentlicher oder geistlicher Gelder, die von einem geschieht, der sie nicht zu administriren hat. Denn wenn der öffentliche Gelderheber selbst etwas davon unterschlägt: so heißt es crimen de residuis. (§. 1273.) Wer geistliche Gelder oder Sachen stiehlt, begeht einen Kirchenraub, wer andere Sachen des Staates stiehlt, *peculium in specie*. Die Strafe des eigentlichen peculatus ist nach dem Römischen Recht Deportation, auch zuweilen der vierfache Ersatz. Heutigestags wird dies Verbrechen wie ein anderer Diebstahl bestraft. Das Sacrilegium wurde nach bewandten Umständen verschieden, zuweilen auch am Leben gestraft. Heutigestags straft man es etwas härter als einen gemeinen Diebstahl.

§. 1272. Vom Plagio.

Plagium, Menschendiebstahl, begeht der, welcher einen freyen Menschen oder einen fremden Sklaven stiehlt, oder bey sich behält und nicht los läßt. Die Strafe war verschieden, zuweilen Lebensstrafe, zuweilen eine andere. Heutigestages wird nur der Menschendieb am Leben gestraft, welcher einen Menschen in die Sklaverey verkauft, andere werden mit Fustigation, Relegation, Gefängniß und Geldstrafe belegt.

§. 1273.

§. 1273. Vom crimine repetundarum, ambitus, annonae und de reſiduis.

Das *crimen repetundarum* begehen ſowohl die herrſchaftliche Bedienten, welche ſich durch Geſchenke bewegen laſſen, gegen ihre Pflichten zu handeln, als auch die, welche ſolche Geſchenke machen. Die Strafe iſt willkührlich, Caſſation, Relegation, zuweilen Lebensſtrafe. *Ambitus* iſt der Gebrauch unerlaubter Mittel, zu einem öffentlichen Amt zu gelangen. Die Strafe iſt willkührlich. *Crimen annonae* begeht einer, der vorſetzlich eine Theurung des Getreides verurſacht. Zur Strafe ſoll ihm ſein ganzes Vermögen confiſcirt werden; nach der Praxis aber wird nur das aufgeſchüttete Getreide weggenommen, und eine willkührliche Strafe dictirt. Ein *crimen de reſiduis* wird von einem öffentlichen Gelderheber begangen, der die eingenommenen Gelder unterſchlägt, in ſeinen eignen Nutzen verwendet, und alſo einen propren Receß behält. Die Strafe iſt in den verſchiedenen Deutſchen Provinzen verſchieden. Gemeiniglich ſind in den Geſetzen Leib- und Lebensſtrafen dictirt, ſie werden aber ſelten exequirt.

§. 1274. Heutigestags iſt der Anklageproceß ſelten.

Bey den Römern mußten die Verbrechen angeklagt werden, die Obrigkeit inquirirte nicht Amtshalben (ex officio) darauf. Heutigestages ſind zwar die Anklagen nicht verboten, ſie geſchehen aber ſelten, weil ſie mit Verdruß und Koſten verknüpft ſind, und die poenae privatae wegfallen. Wem daran gelegen iſt, daß ein Verbrechen beſtraft werde, der denunciirt es nur der Obrigkeit. Dieſe muß die Verbrechen ex officio unterſuchen und beſtrafen. An einigen Orten wird der ganze Proceß vom Richter allein inſtruirt; an andern Orten aber ſtellt der Richter die Generalinquiſition an, alsdann wird der Fiſcal excitirt, welcher den Inquiſiten anklagen muß.

Abhandlung von den LEGIS ACTIONIBUS und ACTIBUS LEGITIMIS.

§. 1.

In der Lehre von den Römischen legis actionibus und actibus legitimis fand ich so viel Dunkelheit und Widerspruch bey den Rechtsgelehrten, daß ich mir vornahm, einmal mit Beyseitsetzung aller neuern Schriftsteller die Sache aus den Quellen zu studiren. Ich glaube, daß meine Mühe nicht unbelohnt geblieben ist. Freylich geben auch die Quellen keine völlige Befriedigung; de actionibus legis actibusve legitimis plura *dicuntur*, quam *sciuntur*, sagt Bynkershöck sehr wahr und gut (*1). Allein sie setzen uns doch in den Stand, über die Materie etwas richtigeres und gewisseres zu sagen, als bisher gesagt worden ist.

(1) Obs. lib. 7. cap. 13.

§. 2.

Ich will vor allen Dingen die sämtliche Stellen hersetzen, wo die Ausdrücke *lege agere*, *legis actio* und *actus legitimus* vorkommen. Zuerst also die von dem Worte *legis actio*.

(1) POMPONIUS *L.* 2. §. 6. *D. de orig. iur.* sagt: deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent, quas actiones ne populus prout vellet institueret, certas sollennesque esse voluerunt, et appellatur haec pars *legis actiones*, i. e. *legitimae actiones*. (2) MODESTINUS *Lib.* 4. *D. de adopt.* magistratum, apud quem *legis actio est*, et emancipare filios suos, et in adoptionem dare apud se posse, Neratii sententia est. (3) MARIANUS *Lib.* 2. §. 1. *D. de offic. Proconf.* apud legatum vero Proconsulis nemo manumittere potest, quia non habet iurisdictionem talem; ULPIANUS *L.* 3. *eod.* nec adoptare potest, *omnino enim non est apud eum legis actio.* (4) ULPIAN. *L.* 1. *D. de off. iurisd.* adoptare quis apud iuridicum potest, quia data est ei *legis actio.* (5) CAIUS *instit. Lib.* 2. tit. 1.

tit. 1. ap. *Schulting p. m.* 84. In iure autem ceſſio fit hoc modo. Apud magiſtratum populi Romani vel apud Praetorem, vel apud Praeſidem provinciae, is cui res in iure ceditur, rem tenens ita vindicat: hunc ego hominem ex iure Quiritium meum eſſe aio. Deinde poſtquam hic vindicaverit, Praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente, tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit *idque legis actio vocatur.* (6) PAULLUS *ſent. recept. lib.* 2. *tit.* 25. apud *Schulting p.* 317. Apud magiſtratus municipales, *ſi habeant legis actionem*, emancipari et manumitti poteſt. (7) Der K. Gordian in der *L.* 1. *Cod. de adopt.* hi, qui in aliena poteſtate ſunt, iuxta ius civile non niſi apud eum, *apud quem plena legis actio eſt*, adoptari poſſunt. (8) IUSTINIAN *nov.* 81. *praef.* nam ſi emancipationis actio dudum quidem, *et per eas, quae nuncupantur legis actiones*, facta cum iniuriis et alapis, liberabat eos huiusmodi vinculis, oder wie Homberg beſſer überſetzt: nam ſi emancipationis actus, qui olim inter legis actiones erat etc. (9) GELLIUS *N. A. XVI.* 10. omnis illa XII. tabularum antiquitas, niſi in *legis actionibus* centumviralium cauſarum conſopita eſt.

§. 3.

Die Redensart *lege agere* kommt in folgenden Stellen vor. (10) *L.* 3. *D. de offic. Praetor.* propter utilitatem eorum, qui apud eum *egerunt* vel *lege* vel quo alio iure. (11) *L.* 123. *D. de reg. iur.* nemo alieno nomine *lege agere* poteſt. (12) TERENT. *Phorm. Act.* 5. *ſcen.* 7. una iniuria eſt; *lege* agito ergo. (13) CICERO *de orator. C.* 10. *agerent* enim tecum *lege* primum Pythagorei omnes atque Democritici. (14) ID *ibid. I.* 36. Alter plus *lege agendo* petebat, quam quantum lex in XII. tabulis permiſerat. (15) ID. *ibid. cap.* 38. cum *egiſſet lege* in hereditatem paternam teſtamento exheres filius. (16) ID. *pro Muraen. cap.* 11. poſſet *lege* agi, nec ne, pauci quondam ſciebant. (17) IDEM *pro Caecin. c.* 33. omnes, qui in eadem cauſa ſunt, et *lege agant*, et ius ſuum perſequantur. (18) ID. *in Verr. lib.* 1. *cap.* 45. ſi quis teſtamento ſe heredem eſſe arbitraretur, quod cum non exſtaret, *lege ageret* in hereditatem. (19) ID. *ibid. II.* 16. quis apud iſtum Praetorem, Chelidone invida, lege agere potuit? (20) ID. *in Caecil.* 5. Quis igitur eſt, qui neget eorum arbitratu *lege agi*, quorum cauſa lex ſit conſtituta? (21) CORNEL. NEP. *Timol.* 5. huic quidam Lameſtius vadimonium cum vellet imponere, quod cum illo ſe *lege agere* diceret. (22) OVID. *Faſtor. lib.* 1. *verſ.* 47. Faſtus erit, per quem lege *licebit* agi. (23) PLAUT. *mercat. act.* 5. *ſc.* 4.

Annos natus ſexaginta qui erit, ſi quem ſcribimus
Seu maritum ſeu hercle adeo coelibem ſcortarier.
Cum eo nos hic *lege agemus.*

(24)

(24) Liv. *IX.* 46. Faſtos circa forum in albo propoſuit, ut quando *lege agi* poſſet, ſciretur. (25) Idem *XXVI.* 15. Fulvius praeconi imperavit, ut lictorem *lege agere* iuberet. (26) Tacit. *Annal XII.* 60. Divus Auguſtus apud equeſtres, qui Aegypto praeſident, *lege agi* decretaque verum perinde haberi iuſſerat, ac ſi Romani magiſtratus eſſent. (27) Plin. *hiſt. nat. VII.* 5. L. Papirius Praetori ſecundo herede *lege agente* bonorum poſſeſſionem contra eum dedit. (28) Valer Max. *lib.* 7. *cap.* 7. bonorum adoleſcentis poſſeſſionem ei dedit Praetor, heredesque *lege agere* paſſus non eſt. (29) Vopiscus *in Aurelian. cap.* 14. hoc igitur, quod Cocceius Nerva in Traiano adoptando, quod Ulpius Traianus in Hadriano, quod Hadrianus in Antonino et caeteri deinceps in propoſita ſuggeſtione fecerunt, iam in adrogando Aureliano, quem mihi vicarium iudicii tui auctoritate feciſti, cenſui eſſe referendum. Iube igitur, ut *lege agatur*, ſitque Aurelianus heres ſacrornm, nominis et bonorum, totiusque iuris. (30) Ulpian *fragment. tit. II.* §. 24. Moribus tutor datur mulieri pupillove, qui cum tutore *lege aut iudicio legitimo agere vult.* (31) Ulpian. *ibid.* §. 27. Tutoris auctoritas neceſſaria eſt mulieribus quidem in his rebus, *ſi lege aut legitimo iudicio agant.* (32) Festus *voc. religioſus* apud praetorem die nefaſto *lege agere.* (33) Gell. *N. A. XX.* 19. cum *lege agitur*, et vindiciae contenduntur. (34) Quintilian. *inſtit orat. III* 8. In omnibus fere cauſis, in quibus cecidiſſe quis formula dicitur, hae ſunt quaeſtiones, an huic an cum hoc, *an hac lege*, an apud hunc, an hoc tempore liceat *agere.*

§. 4.

Der Ausdruck *actus legitimus* findet ſich nur in zwey Stellen; in dem *L.* 77. *D. de reg. iur.* und in der *L.* 21. *C. de haeret.* In jener heißt es: (35) actus legitimi, qui non recipiunt diem (* 1) vel conditionem, veluti mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, ſervi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem. In dieſer aber ſagt Juſtinian: (36) Inter ſe haereticis, ubi litigandum exiſtimaverint, concedimus foedus permixtum et dignos litigatoribus etiam teſtes introducere, exceptis ſcilicet his, quos Manichaeus furor, vel pagana ſuperſtitio detinet, quibus pro reatus ſimilitudine omnis *legitimus actus* interdictus eſt.

(1) Ich halte das *non* recipiunt für die richtige Leſeart, obgleich die Florentiſche Pandecten recipiunt haben. Denn nach der Florentiniſchen Leſeart läßt ſich die Stelle nicht anderſt als höchſt gezwungen erklären.

§. 5.

Nun die Reſultate aus dieſen Stellen. Man ſiehet daraus, (1) daß die Alten faſt immer lege agere, legis actio, nicht agere lege, actio legis ſagen.

(2) Daß

(2) Daß lege agere überhaupt so viel heißt, als nach den Gesetzen verfahren. So sagte man von dem Lictor, wenn er eine Execution verrichtete, lege agit: Liv. l. c. (n. 25.) In gleicher Bedeutung kommt es bey Valer. Max. *lib.* 3. *cap.* 8. *ex.* 1. Seneca *controvers. IX.* 2. (*III.* 25.) *pag.* 118. *edit. Commelin. in fol.* und *lib. X. declam.* 3. *pag.* 180. vor. Bey Plautus (n. 23.) heißt lege agemus, wir wollen ihn nach den Gesetzen bestrafen.

Es bedeutet aber diese Redensart (3) insonderheit ein Geschäft, eine Handlung auffer dem Proceß, z. E. eine Arrogation nach den Gesetzen vornehmen. Siehe die Stelle n. 29. Auch bey Tacitus (n. 26.) geht lege agere auf solche Handlungen (*[1]). (4) Meistens heißt lege agere, vor Gericht handeln: als Kläger oder Beklagter Proceß führen. S. die Stellen n. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. 27. 28. 32. 33. In der Stelle des Valerius Maximus n. 28. wollen zwar einige das lege agere durch *hereditatem adire* erklären, allein ohne allen Grund. Ob in den Stellen 10. 11. 30. 31. lege agere Proceß führen, oder eine feyerliche Handlung vornehmen, anzeige, ist zweifelhaft (*[2]).

(5) Legis actio ist eine Klageformel, Pomponius (n. 1.) und Gellius (n. 9.) (*[3]).

(6) Man versteht aber auch Geschäfte, Handlungen auffer dem Proceß darunter. Die cessio in iure wird, z. E. (n. 5.) legis actio genannt. Die Manumission, Adoption und Emancipation heisen ohne Zweifel auch legis actiones. Dies läßt sich aus den Stellen n. 2. 3. 4. 6. 7. 8. und 29. schliessen. Es werden zwar diese drey Handlungen nirgends ausdrücklich legis actiones genennt. Allein da doch a) Caius die cessionem in iure eine legis actionem nennt; b) diese Handlungen vor einem magistratu geschehen mußten, qui legis actionem habebat; da es c) in der Stelle n. 29. heißt, iube, *ut lege agatur*, und darunter die Arrogation verstanden wird; endlich d) auch die Benennung legis actio ganz gut auf diese Handlung passet: so glaube ich, daß sie allerdings auch legis actiones geheisen haben, und daß man mit Ritter und Bach dieses Wort nicht auf die Proceßformeln einschränken, oder behaupten kann, actus voluntariae iurisdictionis würden nur uneigentlich legis actiones genennt (*[4]).

(7) Die Redensart magistratus, apud quem est legis actio, oder plena legis actio, oder qui habet legis actionem, heißt: dieser magistratus hat die iurisdictionem voluntariam, er kann Handlungen vor sich geschehen lassen, welche die obrigkeitliche Bestätigung erfordern. S. n. 2. 3. 4. 6. 7. 8. In allen diesen Stellen ist von actionibus voluntariae iurisdictionis die Rede (*[5]).

(8) Gewisse Handlungen, die mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, werden in der *L.* 77. *D. de reg. iur.* (S. n. 35.) actus legitimi genennt. Was heißt das?

(1) *Brisson select. antiquit. lib.* 4. *cap.* 20. *p.* 158. *edit. Trekell.*
(2) *Brisson l. c. ibique* TREKELL, SCHULTING. *iurispr. anteiust. pag.* 602. *n.* 71. Io. CANNEGIETER *ad Ulpian. fragm. pag.* 62.
(3) Ohne Grund behaupten einige z. E. SCIP. GENTILIS *de iurisdict. lib.* I. *cap.* 34. *p.* 144. *sqq.* das Wort legis actio habe, wenigstens in den neuern Zeiten, allein actus voluntariae iurisdictionis angedeutet. Die Stelle bey Gellius zeigt das Gegentheil. Da lege agere meistens Proceß führen bedeutet, so ist auch ganz natürlich, daß legis actio eine Proceßformel geheisen hat. Uebrigens ist es freylich richtig, wie *Holtermann* in praelect. ad tit. de O. I. p. 23. bemerkt, daß in allen Stellen das corp. iur. (ausser dem Titel de O. I.) wo das Wort legis actio vorkommt, von actibus voluntariae iurisdictionis die Rede ist.
(4) FRID. GUIL. PESTEL *progr. de natura legis actionum*, (*Rintel.* 1748.) §. 2. *pag.* 5. *sqq.* BREUNING *diss. dubia circa varias legis actionum, actuumque legitimorum interpretationes* §. 9.
(5) RITTER *ad* HEINECC. *hist. iur.* §. 46. glaubt, die Redensart: magistratus legis actionem habet, wolle nichts anders sagen, als iurisdictionem habet. Dies ist unrichtig. Die aediles curules hatten Jurisdiction, aber nicht legis actionem, denn man findet nicht, daß Manumissionen, Adoptionen oder Emancipationen vor ihnen geschehen wären. Auch heißt es in der *L.* 3. *D. de offic. procons.* von dem legato Proconsulis: omnino non est apud eum legis actio, und Jurisdiction hatte er doch.

§. 6.

Nach der gemeinen Lehre bedeutet actus legitimus ein feyerliches Geschäft, negotium sollenni formula et ritu expediendum, und es ist ein grosser Streit entstanden, ob nur die fünf genannte Handlungen actus legitimi gewesen seyen (* 1), oder ob die Römer mehrere dergleichen gehabt, und wie sie geheisen haben; was der wahre Character eines actus legitimi sey; ob actus legitimi und legis actiones einerley oder verschieden gewesen; in welchem Falle ein sollennes Geschäft actus legitimus und in welchem Falle es legis actio geheisen habe ꝛc. (* 2).

(1) Einige Vertheidiger dieser Meynung sagen sehr sinnreich, man könne die 5. actus legitimos an dem Wort MATHS behalten.
(2) HOTOMANN *quaest. illustr.* 34. *p. m.* 267. *sqq. et in amicabil. respons. lib.* I. *cap.* 30. *p.* 189. *sqq.* CUIAC. *obs. lib.* 15. *cap.* 16. *p.* 515. *edit. Heinecc. et in Papiniano quaest. lib.* 28. *ad L.* 77. *de R. I. in opp. postum. Tom.* I. *p.* 746. *edit. Colombeti P.* FABER *Semestr. lib.* 2. *cap.* 22. 23. 24. *p.* 375. *sqq.* ANT. FABER *in iurisprud. Papinianea p.* 275. SCIP. GENTIL. *l. c.* LYCLAMA *studiosor. cap.* 5. *p.* 242. MARAN. *ad L.* 77. *de R. I. in opp. p.* 620. *sqq.* HUBER *digress. lib.* 2. *cap.* 12. *p.* 122. SCHUBART *de fat. iurisprud. rom. Ex.* 2. §.

2. §. 67. *p.* 334. *ſqq.* VAN DER MUELEN *ad Pompon. de O. I. p. m.* 375. *ſqq.* GRAVINAE *orig. iur. civ. p.* 30. *et* 267. *ibique* MASCOV. SCHULTING *iurispr. Anteiuſt. pag.* 85. *n.* 75. CHRIST. GODOFR. HOFFMANN *diſſ. de indole iurisdictionis voluntariae* §. 10. *et in hiſtor. iur. Vol.* I. *pag.* 215. HEINECC. *hiſtor. iur. lib.* I. §. 44. *ſqq. ibique* RITTER BACH. *hiſtor. iur. p.* 221. *ſqq.* PESTEL *progr. cit.* (§. 5.) *p.* 7. *ſqq.* BREUNING *diſſ. cit. p. tot.* In Io. GODOFR. BAUER progr. de actibus legitimis Lipſ. 1748 (in opuſc. Vol. I. num. 14.) von dem ich mir viel verſprach, fand ich nichts als Trivialitäten.

§. 7.

Mir ſcheint es noch gar nicht erwieſen zu ſeyn, daß actus legitimus eine feyerliche Handlung bedeutet habe. Daß die Römer feyerliche juriſtiſche Handlungen hatten; daß manche Geſchäfte bey ihnen ſollenni formula et ritu geſchehen mußten, iſt bekannt und unleugbar (* 1). Aber hieſſen ſie actus legitimi? Dies leugne ich. Papinian verſteht, wie mir dünkt, in der L. 77. weiter nichts unter dieſem Ausdruck, als rechtliche, geſetzliche, juriſtiſche Handlungen; actus, a quacumque parte iuris ſint introducti, wie es die Gloſſe, actus per legem inventos, wie es ZASIUS *ad L.* 56. §. 8. *de V. O. opp. Tom.* 3. *p.* 598. oder actus lege introductos, wie es CONTIUS *ad L.* 77. erklärt. Er will alſo ſagen: geſetzliche Handlungen, welche keine Zeit oder Bedingung leiden, dergleichen die mancipatio etc iſt, ſind ganz ungiltig, ſobald man ihnen eine Zeit oder Bedingung beyfügt. Daß er unter actibus legitimis feyerliche Handlungen verſtehe, oder gar nur die fünf genannte für feyerliche Geſchäfte erkläre, läßt ſich aus ſeinen Worten gar nicht ſchlieſſen. Das Gegentheil erhellet vielmehr aus folgenden Argumenten:

(1) Es iſt weder zu glauben noch erwieſen, daß die optio ſervi legati mit Sollennitäten geſchehen ſey. Man beruft ſich zwar auf *L.* 20. *D. de opt. vel elect. legat.* und SENECA *controvers. lib.* 3. (8) *controv.* 23. *p.* III. *edit. Commelin.* Allein beyde Stellen erweiſen nicht das mindeſte (* 2). Es würde auch zuverläßig keinem Juriſten eingefallen ſeyn, zu behaupten, daß die optio rei legatae, oder wenigſtens ſervi legati eine ſollenne Handlung geweſen ſey, wenn ſie nicht die falſche Idee von actibus legitimis im Kopfe gehabt hätten.

(2) Nicht jede Erbſchaftsantretung geſchah mit Feyerlichkeiten (* 3). Nur die aditio hereditatis war eine ſollenne Handlung; gleichwohl nennt doch Papinian die aditionem hereditatis überhaupt einen actum legitimum. Auch

daß (3) die Acceptilation mit Feyerlichkeiten geſchehen ſey, iſt ohne Beweis angenommen *L.* 8. §. *fin. D. de acceptilat.* ſagt vielmehr, ſie ſey *iuris gentium.*

(4) Die Zeugnißablegung vor Gericht war doch gewiß kein feyerliches Geschäft, sollenni formula et ritu expediendum negotium, und dennoch heißt sie in der *L.* 21. *C. de haeret.* ein actus legitimus. Ja sagt Cujacius, dort wird das Wort abusiv genommen. Aber ist das nicht eine offenbare petitio principii. Es setzt voraus, daß actus legitimus im eigentlichen Verstande einen actum sollennem anzeige, worüber wir doch streiten.

(5) Wenn der Ausdruck, actus legitimus, ein technisches Wort wäre, das nur von sollennen Handlungen gebraucht würde, so würde man es doch noch irgendwo in dieser Bedeutung finden. Und wo bedeutet überhaupt das Wort legitimus etwas feyerliches? Durchaus heißt es weiter nichts, als gesetzlich, den Gesetzen gemäs. So sagt Pomponius, (n. 1.) legis actiones seyen so viel als legitimae actiones, gesetzliche Klageformeln. Conventiones legitimae in der *L.* 6. *D. de pact.* sind gesetzlich bestätigte Verträge, conventiones, quae lege aliqua confirmantur, wie es Paulus dort selbst erklärt.

(1) Dergleichen waren die Mancipation, Adoption, Manumission per vindictam, Emancipation, die Testamentserrichtung per aes et libram etc.

(2) In der *L.* 20. *D. de opt. vel elect. legat.* heißt es: apud Aufidium lib. 1. rescriptum est, cum ita legatum est, vestimenta, quae volet triclinaria sumito, sibique habeto; si is dixisset, quae vellet, deinde antequam ea sumeret, alia se velle dixisset: mutare voluntatem eum non posse, ut alia sumeret, quia omne ius legati prima *testatione*, qua sumere se dixisset, consumsit. Nun sagt man, das Wort testatio gebe zu erkennen, daß die Wahl sollenni formula et ritu geschehen sey. Aber wie ist es möglich, dies zu beweisen? Seneca sagt: optio est enim, quae legitime fit, illa non est facta legitime, si Praetor defuisset, num quid optionem vocares? Er redet aber von der Wahl, die einer entführten Weibsperson zustand, ob sie den Entführer heurathen, oder mit der Lebensstrafe belegen lassen wollte: daß diese Wahl vor dem Prätor geschehen mußte, war sehr natürlich; aber wer wird davon auf die optionem *rei legatae* schliessen?

(3) §. 7. *I. de hered. qualit. et diff.* Cuiacius *lib.* 7. *obs. cap.* 19. will zwar behaupten, daß auch die simple aditio hereditatis mit einer gewissen Formel geschehen sey; allein *L.* 51. §. *ult. D. de A. vel O. H.* den er deßfalls anführt, sagt das gar nicht.

§. 8.

Einen zweyten Irrthum in dieser Lehre haben die Ausleger begangen, indem sie die zwey Regeln aufgestellt haben: 1) actus legitimi, h. e. sollennes non recipiunt diem aut conditionem, 2) non admittunt procuratorem.

Ich halte nemlich die erste dieser Regeln: actus sollennis non admittit diem aut conditionem, nicht für allgemein wahr. Womit will man sie beweisen? Aus der *L.* 77. *cit.*? Allein dort ist von gesetzlichen, nicht gerade von feyerlichen Handlungen die Rede, wie ich vorhin zeigte. Und ausser dem

dem ſagt ja Papinian nicht: actus legitimi non recipiunt diem vel conditionem, ſondern actus legitimi, *qui* non recipiunt diem vel conditionem, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem; d. i. diejenige actus legitimi, welche keine Zeit oder Bedingung vertragen, ſind ungiltig, wenn man ihnen dergleichen beyfügt. Dies hat auch ſchon Jac. Gothofred bey dieſer Stelle bemerkt. Daß übrigens die fünf von Papinian genannte Handlungen die Beyfügung einer Zeit oder Bedingung nicht vertrugen, liegt nicht in der Feyerlichkeit, womit ſie begleitet waren: denn es iſt, wie geſagt, von einigen derſelben ganz unerweislich, daß ſie mit Feyerlichkeiten geſchehen ſind. Die Idee des Feyerlichen ſchließt den Begriff von Zeit und Bedingung nicht aus; es widerſpricht ſich nicht, ein Geſchäft mit Feyerlichkeiten und doch mit Beyfügung einer gewiſſen Zeit oder unter einer Bedingung zu ſchlieſſen. Der Grund, warum die fünf in der *L.* 77. angeführte Handlungen Zeit und Bedingung nicht litten, liegt vielmehr in ihrer beſondern individuellen Natur, wie Gothofred am a. O. bey einer jeden zeigt (* 1). So kann man heutigestags keine Ehe unter einer Bedingung oder von einer gewiſſen Zeit an eingehen, und ohne Zweifel gieng es auch bey den Römern nicht an. Der Grund liegt aber nicht darinn, daß die Ehe ein feyerliches Geſchäft iſt, ſondern in der eigenen Natur der Ehe. Was eine Ehe ſeyn ſoll, muß jetzt gleich gelten, jetzt gleich vorhanden ſeyn. Solang das Geſchäft noch ſuſpendirt iſt durch Zeit oder Bedingung, ſo iſt ein Eheverlöbniß, keine Ehe (* 2).

Eine Folge dieſer Sätze iſt, daß ob wir gleich in Deutſchland keine Römiſche Formeln haben, doch den in der *L.* 77. ſpecificirten Handlungen, in ſo weit ſie bey uns noch vorkommen, keine Zeit oder Bedingung angehängt werden kann.

(1) S. auch den Commentar §. 200.
(2) Gonzalez Tellez *ad decretal. libr.* 4. *tit.* 5. *cap.* 3.

§. 9.

Die zweyte Regel: actus ſollennis non admittit procuratorem hat, wenn man ſie von allen in der *L.* 77. genannten, oder gar von allen feyerlichen Handlungen verſteht, ebenfalls keinen Grund. Von der aditione hereditatis iſt es wahr, daß ſie durch keinen Procurator geſchehen kann. Allein das kommt nicht daher, weil ſie eine ſollenne Handlung war; das war ſie nicht immer, ſondern die Urſache liegt in der Natur der Erbantretung. S. den Commentar §. 544. Die tutoris datio mußte ebenfalls von dem magiſtratu in eigner Perſon geſchehen, denn das Recht Vormünder zu geben, war eines von denen, *quae ſpeciali lege competunt*, und dieſe konnte der magiſtratus keinem Subſtituten überlaſſen, *mandare non poterat* (* 1). Ferner auctoritas

tutoris mußte in eigener Person vom Vormunde und mündlich interponirt werden, nicht durch Briefe oder einen Boten. Die Ursache habe ich im Commentar §. 207. angegeben, und es ist auch hier nicht nöthig, seine Zuflucht zu der Lehre von Feyerlichkeiten zu nehmen. Im Gegentheil konnte die optio rei legatae, welche nach der gemeinen Lehre ein feyerliches Geschäft gewesen seyn soll, durch einen andern als den Legatar, und daher auch ohne Zweifel durch einen Mandatar geschehen (* 2). Ja, sagen die Gegner, *electio* rei legatae kann durch einen Bevollmächtigten geschehen, nicht *optio*. Allein der Unterschied zwischen electio und optio ist erträumt; wie Gebauer (* 3) zeigt. Ueber die Acceptilation haben wir ein klares Gesetz (* 4). Daß auch die mancipatio durch einen Bevollmächtigten habe geschehen können, ist mir gar nicht zweifelhaft. Woher will man das Gegentheil darthun? Wahr ists, daß die Adoption, Emancipation und die sollenne Manumission per vindictam durch keinen Procurator vorgenommen werden konnte (* 5). Allein dies waren Handlungen, welche vor der Obrigkeit geschehen mußten. Von diesen läßt sich auf die in der *L.* 77. angeführten Handlungen, welche privatim geschehen konnten, kein Schluß machen. Am Ende einer Abhandlung, welche den angenommenen Meynungen so gerade zu widerspricht, dürfte die Bitte nicht unrecht angebracht seyn, die ein gewisser Professor in Helmstädt, Martini, oft an seine Zuhörer that: doctissimi Domini auditores, etiamsi quis demulceat barbam ad aliquot ulnas, nolite tamen ei credere propter auctoritatem, sed *quid quis dicat*, non *quis quid dicat*, attendite (* 6).

(1) L. pr. D. de offic. eius cui mand. est iurisd.
(2) L. pen. D. de opt. legat. L. 12. §. 8. D. quand. dies legator.
(3) *Gebauer* diss. de opt. vel elect. legata, cap. 3. §. 1.
(4) L. 3. D. de acceptilat. Nur muß sich der Bevollmächtigte zuvor durch eine Novation zum Schuldner machen. L. 13. §. 10. D. de acceptilat. *Cuiac.* lib. 5. obs. 36. et ad L. 76. de R. I. lib. 38. Quaest. Papin. *Bachov* ad Treutler Vol. 2. de sp. 29. th. 4. lit. B.
(5) L. 25. §. 1. D. de adopt. L. ult. C. de emancipat. L. 3. c. de vind. liber.
(6) Oldekop *tract. de appellat. in causs. criminal. num.* 30.

Erstes Register.

Titel der Institutionen nach alphabetischer Ordnung.

A.

De actionibus. Lib. IV. Tit. 6.
(Actionibus ex dominio oriundis 285. Seite.)
(Actionibus occasione servitutum competentibus 322. Seite.)
Ademtione legatorum II. 21.
Adoptionibus. I. 11.
Adquisitione per arrogationem III. 11
Assignatione libertorum III. 9.
Attiliano tutore, et eo qui ex lege Iulia et Titia datur I. 20.
Auctoritate tutorum et curatorum I. 21.

B.

Bonorum possessionibus III. 10.

C.

Capitis deminutione I. 16.
Codicillis. II. 25.
Curatoribus I. 23.

D.

Divisione stipulationum III. 19.
Donationibus II. 7.
(Dote et pactis dotalibus 140. Seite.)
Duobus reis stipulandi et promittendi III. 17.

E.

Emtione et venditione III. 24.
Eo, cui libertatis causa bona addicuntur III. 12.
Exceptionibus IV. 13.
Excusationibus tutorum et curatorum I. 25.
Exheredatione liberorum II. 13.

F.

Fideicommissariis hereditatibus et ad SCtum Trebellianum II. 23.
Fideiussoribus III. 21
Fiduciaria tutela. I. 19.

G.

Gradibus cognationum Lib. III. Tit. 6.

H.

Heredibus instituendis II. 14.
(Hereditatis petitione et divisione 581. Seite.)
Hereditatibus, quae ab intestato deferuntur III. 1.
Heredum qualitate et differentia II. 19.
His, qui sui vel alieni iuris sunt I. 8.

I.

Ingenuis I. 4.
Iniuriis IV. 4.
Inofficioso testamento II. 18.
Interdictis IV. 15.
Inutilibus stipulationibus III. 20.
Iis, per quos agere possumus IV. 10.
Iure naturali, gentium et civili I. 2.
Iure personarum I. 3.
(Iure pignoris 587. Seite.)
Iustitia et iure I. 1.

L.

Legatis II. 20.
Lege Aquilia IV. 3.
Lege Falcidia II. 22.
Lege Fusia Caninia tollenda I. 7.
Legitima agnatorum successione III. 2.
Legitima agnatorum tutela I. 15.
Legitima parentum tutela I. 18.
Legitima patronorum tutela I. 17.
(Legitimatione 144. Seite.)
Libertinis I. 5.
Literarum obligationibus III. 22.
Locatione et conductione III. 25.

M.

Mandato III. 27.
Militari testamento II. 11.
(Non-

N.

(Nonnullis, quae pluribus contractibus communia sunt 760. Seite.)
Noxalibus actionibus Lib. IV. Tit. 8.
Nuptiis I. 10.

O.

Obligationibus III. 14.
Obligationibus ex consensu III. 23.
Obligationibus, quae quasi ex contractu nascuntur III. 28.
Obligationibus, quae ex delicto nascuntur IV. 1.
Obligationibus, quae quasi ex delicto nascuntur IV. 5.
Officio iudicis. IV. 17.

P.

Patria potestate I. 9.
Perpetuis et temporalibus actionibus IV. 12.
Per quas personas cuique adquiritur II. 9.
Per quas personas nobis obligatio adquiritur III. 29.
Poena temere litigantium IV. 16.
Publicis iudiciis IV. 18.
Pupillari substitutione II. 16.

Q.

Quibus alienare licet vel non II. 8.
Quibus ex causis manumittere non licet I. 6.
Quibus modis ius patriae potestatis solvitur I. 12.
Quibus modis re contrahitur obligatio III. 15.
Quibus modis testamenta infirmentur II. 17.
Quibus modis tollitur obligatio III. 30.
Quibus modis tutela finitur I. 22.
Quibus non est permissum facere testamentum II. 12.
Qui testamento tutores dari possunt I. 14.
Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur IV. 7.

R.

Rebus corporalibus et incorporalibus Lib. II. Tit. 2.
Replicationibus IV. 14.
Rerum divisione et adquirendo ipsarum dominio II. 1.

S.

Satisdatione tutorum et curatorum I. 24.
Satisdationibus IV. 12.
Senatusconsulto Orphitiano III. 4.
Senatusconsulto Tertulliano III. 3.
Servili cognatione III. 7.
Servitutibus praediorum II. 3.
Singulis rebus per fideicommissum relictis II. 24.
Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur IV. 9.
Societate III. 26.
(Statu civitatis 93. Seite.)
Stipulatione servorum III. 18.
Successione cognatorum III. 5.
Successione libertorum III. 8.
(Successione ab intestato sec. Novell. CXVIII. 559. Seite.)
Successionibus sublatis, quae fiebant per bonorum venditiones, et ex SCto Claudiano III. 13.
Suspectis tutoribus vel curatoribus I. 26.

T.

Testamentis ordinandis II. 10.
Testamento militari II. 11.
Tutelis I. 13.

V.

Verborum obligationibus III. 16.
Vi bonorum raptorum IV. 2.
Vsucapionibus et longi temporis praescriptionibus II. 6.
Vsu et habitatione II. 5.
Vsufructu II. 4.
Vulgari substitutione. II. 15.

Zweytes Register
über die Materien.

Die erste Ziffer ist die Zahl der Paragraphen, die zweyte bedeutet Seitenzahl.

A.

Abfindung der Kinder. §. 164. S. 165.
Abforderungsrecht. 70. S. 84.
Abkürzungen, juristische. 17. S. 33. u. f.
Abolitio. 48. S. 57.
Abrechnung, s. Compensation.
Absens reip. causa. 242. S. 211.
Absens, wer es sey bey der Verjährung? 400. S. 335.
— von der Restitution der Abwesenheit wegen 1010. S. 799.
Abstinere, abstinendi beneficium. 539. S. 476.
Abtrünnige vom christlichen Glauben, können nicht testiren. 470. S. 404.
— auch nicht zum Erben ernennt werden. 486. S. 423. u. f.
Abuti, was es heise? 370. S. 308.
Academien, von ihrem Erbrecht. 703. S. 581.
Acceptilation. 996. S. 787.
Accessio, was sie ist, und wie vielerley? 308. S. 259.
— Gattungen der natürlichen Accession. 309. S. 260.
— Gattungen der künstlichen. 314. S. 264.
— Grundsätze derselben. 315. 316. S. 264. u. f.
Accessorium und *principale*. 308. S. 259. u. f.
Accidentalia pacti. 732. S. 604.
Accrescendi ius, S. *ius accrescendi*.
Accusatio tutoris suspecti. 251. S. 217.
— Zweck derselben. 254. u. f. S. 219.
Accusatio, Beendigung. §. 256. S. 220.
— kommt heutigestags selten vor. 257. S. 220.
Accusationes criminales, wie lang sie dauern. 1191. S. 869.
Acht, Reichsacht, was sie ist? 192. S. 182.
Actio adiectitiae qualitatis. 1142. S. 852.
— *de albo corrupto*. 1115. S. 840.
— *arbitraria* 1133. S. 848.
— *de bene depensis*. 767. S. 644.
— *bonae fidei*. 1129. u. f. S. 845. u. f.
— *civilis*. 1091. S. 830.
— *commodati*, *directa* und *contraria*. 776. S. 650. u. f.
— *communi dividundo*. 949. S. 753.
— *conducti*. 894. S. 723.
— *confessoria et negatoria directa*. 388. S. 322.
— *utilis*. 389. S. 323.
— wenn sie verjährt werden? 1185. S. 868.
— *depositi*, directa und contraria. 787. S. 655. u. f.
— *directa et contraria*. 750. S. 627.
— *directa et utilis*. 55. S. 63. 1090. S. 829.
— *doli*. 1007. S. 794. 1101. S. 836.
— *emphyteuticaria*. 903. S. 729.
— *emti*. 877. u. f. S. 711. u. f.
— *exercitoria*. 1147. S. 853.
— *ad exhibendum*. 1100. S. 835.
— *expletoria*. 473. S. 408.

Actio in factum, was sie ist. §. 1090. S. 829.
— *in factum de calumniatoribus.* 1116. S. 841.
— *in factum contra eum, qui ius iniquum statuerat aut impetraverat.* 1115. S. 840.
— *in factum contra eum, qui ius dicenti non obtemperaverat.* Ebendas.
— *in factum contra eum, qui in ius vocatum vi exemit.* 1115. Ebendas.
— *in factum contra eum, per quem factum est, quo minus quis in iudicio steterit.* Ebendas. S. 841.
— *in factum de edendo.* 1100. S. 835.
— *in factum contra mensorem.* 1116. S. 842.
— *in factum de recepto.* 1084. S. 827.
— *familiae herciscundae.* 708. S. 584.
— *Faviana et Calvisiana.* 1134. S. 849.
— *funeraria.* 1112. S. 839.
— *de ingenuitate affirmativa et negativa.* 84. S. 91.
— *iniuriarum.* 1067. S. 820.
— *in rem scripta.* 1097. S. 835.
— *institoria.* 1148. S. 854.
— *quod iussu.* 1145. S. 853.
— *legis.* 56. S. 63.
— *ex lege Aquilia.* 1059. S. 817.
— *locati.* 893. S. 723.
— *mandati directa.* 930. S. 744.
— und *contraria.* 931. S. 744.
— *quod metus causa.* 1006. S. 793.
— *mixta ex reali et personali.* 1092. S. 831.
— *mixta ex rei persecutoria et poenali.* 1016. S. 804.
— *mutui.* 769. S. 646.
— *negatoria.* 388. u. f. S. 322. u. f.
— *negotiorum gestorum.* 940. u. f. S. 751.
— *noxalis* 1163. u. f. S. 858.
— *de partu agnoscendo.* 106. S. 107.
— *de pastu.* 1170. S. 860.
— *Paulliana.* 1102. S. 836.
— *de pauperie* 1168. u. f. S. 859.
Actio de peculio. §. 1153. S. 855.
— *perpetua.* 1183. S. 867.
— *personalis.* 1092. S. 831.
— — — *ex testamento.* 585. S. 512.
— *pignoratitia.* 797. u. f. S. 660. u. f.
— *poenalis.* 1016. 803.
— — — ob in Deutschland diese Klagen statt finden? 1127. S. 844.
— *popularis.* 1119. S. 842.
— *praeiudiciales.* 1092. S. 831.
— *praeiudicialis de statu libertatis* negativa. 84. S. 90. affirmativa. Ebend.
— *praeiudicialis de statu coniugali affirmativa et negativa.* 106. S. 107.
— *praeiudicialis de paternitate.* 106. S. 106. u. f.
— *praeiudicialis de filiatione.* 106. S. 106.
— *praeiudicialis de patria potestate.* 106. S. 106. u. f.
— *praescriptis verbis.* 1090. S. 829.
— *Praetoria.* 1091. S. 830.
— *Publiciana.* 345. S. 287.
— *quasi institoria.* 932. S. 745.
— *rationibus distrahendis.* 220. S. 196.
— *realis* 1092. S. 831.
— *de recepto.* 1084. S. 827.
— *redhibitoria* und *quanti minoris.* 734. S. 606.
— *rei persecutoria.* 1016. S. 803.
— *rei uxoriae et ex stipulatu de dote.* 1131. S. 847.
— *rerum amotarum.* 1021. S. 806.
— *rescissoria.* 344. S. 285. und 407. S. 342.
— *sequestraria.* 790. S. 657.
— *serviana* und *quasi serviana.* 722. 723. S. 596. u. f.
— *de servo corrupto.* 1116. S. 841.
— *pro socio.* 916. S. 737.
— *ex stipulatu.* 809. S. 666.
— *ex stipulatu de dote.* 134. S. 143.
— *strictiiuris.* 1128. u. f. S. 845. u. f.
— *subsidiaria adversus magistratus.* 236. 237. S. 207.

Actio

Actio ex syndicatu. §. 1077. S. 824.
— *temporalis.* 1183. S. 867.
— *tributoria.* 1150. 1152. S. 854.
— *tutelae.* 220. S. 196. 944. u. f. S. 752. u. f.
— *venditi.* 880. S. 713.
— *de in rem verso directa.* 1155. S. 855. *utilis* 1156. S. 855.
— *vi bonorum raptorum.* 1042. S. 811.
— *vindictam spirans.* 1016. S. 803.
— *utilis.* 1090. S. 829.
— S. auch Klage.
Actionum praescriptio. S. Klagen.
Actus, eine Servitut. 364. S. 303.
— *legitimi.* 56. S. 63. u. f.
— *merae facultatis.* 395. S. 329.
Addictio honorum libertatum servandarum causa. 672. u. f. S. 557.
Ademtio legati. 586. u. f. S. 513.
Adferruminatio. 318. S. 266.
— modus adquirendi. 318. u. f. S. 266.
Adfinität, f. Schwägerschaft.
Adgratiatio. 48. S. 57.
Aditio hereditatis, f. Antretung der Erbschaft.
Adiunctio, modus adquirendi. 318. S. 266.
Administratio hereditatis et rei singularis, ein Quasicontract. 947. S. 753.
— Klagen, die daraus entstehen. 948. u. f. S. 753. u. f.
Adnotationes. 44. S. 54.
Adoption, was sie ist? 144. S. 151.
— Grundsätze bey derselben, ebendas.
— sie ist entweder Arrogation, oder Adoption in engerer Bedeutung. 145. S. 152.
— von der Arrogation der Unmündigen, ebendas.
— sie ahmt die Natur nach. 146. S. 152. u. f.
— ist zum Behelf erfunden. 147. S. 154.
— von ihren Wirkungen. 148. S. 154.
Adoption, sie ist entweder eine vollkommene, oder unvollkommene. §. 149. S. 154. u. f.
— heutiger Gebrauch derselben. 150. S. 155.
— ist eine capitis deminutio. 191. S. 181.
Adplumbatura. 318. S. 266.
Adprehensio possessionis. 281. S. 233.
Adquirendi modus, s. *modus adquirendi.*
Adrogatio, s. *arrogatio.*
Adscriptitii. 69. S. 83.
Adsignatio libertorum, s. *assignatio.*
Adulterini. s. Kinder, uneheliche.
Advocat, was er ist? 1176. S. 863.
Aediles curules. 52. S. 60.
Aedilitia edicta. 53. S. 61.
Aedilitiae stipulationes. s. *stipulationes aedilitiae.*
Aerzte, sind frey von der Tutel. 243. S. 212.
Aftererbeinsetzung, s. substitutio.
Ager arcifinius, limitatus. 311. S. 262.
Agnati, was sie sind? 115. S. 122. u. f.
— wie sie von den Gentilen unterschieden? 115. S. 123.
— kamen nach altem Recht allein zur Tutel. 183. S. 178.
— erbten mit Ausschliessung der Cognaten. 635. S. 540. u. f.
— agnationis iura sunt civilia. 115. S. 122.
Alarich, läßt einen Auszug aus dem Theodosianischen Codex machen. 5. S. 8.
Albinagii ius. 91. S. 85.
Alienare, was es heisse. 417. S. 355.
Alluvion. 311. S. 266. 313. S. 263.
Alter, 70jähriges, befreyt von der Tutel. 244. S. 213.
Aluei mutatio. 312. S. 262.
Ambitus. 1273. S. 901.
Anatocismus. 967. S. 765.
Anklageproceß, ist heutigestags selten. 1274. S. 901.
Antestatus. 438. S. 371.

Annonae crimen. §. 1273. S. 901.
Antichresis. 795. S. 659.
Antretung der Erbschaft, ein Quasicontract. 951. S. 754.
— Klagen daraus. 952. S. 754.
Anweisung, was sie ist? 928. S. 743.
Apocha, was sie ist. 850. S. 688.
— Rechte derselben. 856. S. 693.
Apostaten, s. Abtrünnige.
Appellation, was sie ist. 1241. S. 894.
Apprehension bey der Occupation. 297. S. 249.
Aquaeductus et aquaehaustus servitus. 366. S. 305.
Arbitrium des Richters, wo es statt finde. 759. S. 634.
Argentarii. 852. S. 690.
Armen, von deren Erbeinsetzung. 485. S. 422.
Armuth, befreyt von der Tutel. 244. S. 213.
Arrha, was sie ist; wie vielerley; und von ihren Wirkungen. 744. S. 620.
Arrogation, von der Erwerbung durch Arrogation. §. 667. S. 555.
— ist eine Capitisdeminution. 191. S. 181.
— s. auch Adoption.
As. 489. S. 428.
Ascendenten, 116. S. 124.
Assertor. 84. S. 90.
Assignation, was sie ist? 928. S. 743.
Assignatio libertorum. 653. S. 548.
Attextura. 318. S. 266.
— modus adquirendi. 318. S. 266. u. f.
Auctoritas tutoris, was sie ist? 206. S. 190.
— wie sie interponirt werden muß. 207. S. 190.
— in welchen Fällen sie nöthig ist. 208. 209. S. 191.
— deren heutiger Gebrauch. 213. S. 193.
Authentica si qua mulier. 838. S. 678.
Authenticae, was sie sind? 13. S. 22.
— ob sie in Deutschland gelten. 15. S. 27.
Avulsio. 309. S. 260. 311. S. 266.

B.

Bannrechte. §. 351. S. 299.
Basilica. 17. S. 31.
Bauen, ist ein modus adquirendi. 319. S. 266. u. f.
Baum, auf der Gränze, wem er gehört? 327. u. f. S. 273. u. f.
Bediente, s. Knechte.
Bedingung, was sie ist, und wie vielerley? 492. S. 433. u. f.
— Regeln von bedingten Erbeinsetzungen. 493. S. 435. und Vermächtnissen. 574. S. 504.
Bedemund. 70. S. 84.
Befugniß, was sie ist. 21. S. 36. u. f.
Beklagter. 1229. S. 886.
Begnadigungen. 48. S. 57.
Beneficia legis. 48. S. 57. u. f.
Beneficium abstinendi. 539. S. 476.
Beneficium cedendarum actionum. 845. S. 683.
Beneficium competentiae, wem es zukomme. §. 1137. u. f. S. 850. u. f.
— *deliberandi.* 548. S. 484.
— *divisionis*, oder *ex epistola D. Hadriani.* 843. S. 682.
— *legis et inventarii.* 349. S. 485.
— *ordinis s. successionis.* 844. S. 683.
Bes. 489. S. 428.
Besatzungsrecht. 70. S. 84.
Besitz, was er ist. 281. S. 232.
— wahrer und Quasibesitz. Ebendas.
— wie wird der Besitz erlangt, erhalten und verlohren? Ebendas. u. f.
— ist entweder natürlicher oder Civilbesitz. 282. S. 234. u. f.
— ist entweder bonae fidei oder malae fidei possessio. Ebendas. S. 235.
— entweder gerechter oder ungerechter. Ebendas.
— wahrer oder Quasibesitz. Ebendas.

Besitz, körperlicher oder Mentalbesitz. Ebendas.
— Vortheile des Besitzes. §. 283. S. 237.
— Ob das Recht des Besitzes ein dingliches sey? 286. S. 240.
— was es heißt, pro possessore, pro herede, titulo singulari besitzen? 706. S. 582.
— dolose aufhören zu besitzen. 706. S. 582.
Bestiae. 1051. S. 816.
Betrug, was er ist? 1007. S. 794.
Beute, wem sie gehört? 302. S. 253. 307. S. 258.
Bevollmächtigung, s. *mandatum.*
Bezahlung, s. Zahlung.
Bigamie, s. Ehe.
Bischöfe, können nicht Vormünder werden. 245. S. 214.
Blinde, ob sie im Testament Zeuge seyn können? 445. S. 379.
— wie sie testiren müssen? 469. S. 403.
— können nicht Vormünder werden. 245. S. 213.
Blödsinnige, ihre Rechte. 62. S. 73.
— stehen unter der Curatel. 223. S. 198.
— können nicht testiren. 467. S. 401.
— keine Erbschaft antreten. 543. S. 479.
— wer sie verpflegt, ist ihr Erbe. 703. S. 581.
— können keine Verträge schliessen. 734. S. 605.
— sind aus der negotiorum gestione verbunden. 937. S. 749.
— können nicht delinquiren. 1012. S. 801. 1064. S. 819.
Blutschande, deren Strafe. 1257. S. 898.
Blutsfreunde, s. Verwandschaft.
Bona fides, was sie ist? 396. S. 330.
Bonae fidei possessor, in wie weit ihm die Früchte gehören? 331. u. f. S. 276. u. f.
Bona fiscalia paraphernalia. §. 130. S. 140.
— patrimonialia. S. *res fiscales.*
— receptitia. Ebendas.
Bonorum possessio, Veranlassung derselben. 655. S. 549.
— Erklärung. 656. S. 549. u. f.
— ist entweder edictalis oder decretalis. Ebendas.
— die decretalis entweder ventris nomine, oder ex edicto carboniano. Ebendas.
— entweder ordinaria oder extraordinaria. 657. S. 550.
— die ordinaria entweder contra oder secundum tabulas, oder litis ordinandae gratia. 658. S. 550. u. f.
— Fälle der B. P. contra tabulas. 659. S. 551.
— der B. P. secundum tabulas. 660. S. 552.
— der B. P. ab intestato. 661. S. 553.
— ex edicto unde liberi. 662. S. 553.
— *possessio* ex edicto unde legitimi. 663. S. 553.
— ex edicto unde cognati. 664. S. 553.
— ex edicto unde vir et uxor. 665. S. 554.
— Zeit, binnen welcher die B. P. gebeten werden muß. 666. S. 554.
Brautgabe, was sie sey? 130. S. 140.
— Eintheilungen derselben. 131. S. 141.
— ob der Vater seiner Tochter dergleichen zu geben schuldig. Ebendas.
— Rechte derselben. 132. S. 142.
— ob sie der Mann veräussern könne? 418. S. 355. u. f.
— von den Rechten einer darüber ausgestellten Quittung. 854. S. 691. u. f.
Brüder, vollbürtige. 692. S. 569.
— Halbbrüder, was sie sind, und wie vielerley. 698. S. 575. S. auch Geschwister.
Bürge, was er ist? 835. S. 676.

Bürge, Grundsätze bey der Bürgschaft. §. 835. S. 676.
— wer kann sich verbürgen? 837. S. 677.
— Weibspersonen können es nicht. 838. S. 677.
— für welche Verbindlichkeit kann man sich verbürgen? 839. S. 679.
— ob für einen Delinquenten? Ebend.
— die Ehefrau kann wegen des Eingebrachten keinen Bürgen fordern. Ebendas. S. 680.
Bürge, wie kann sich der Bürge verpflichten? §. 840. S. 680.
— Wirkungen der fidejussorischen Verbindlichkeit. 841. S. 681.
— Rechtswohlthaten der Bürgen. 842. u. f. S. 682. u. f.
Burgerrecht, römisches. 90. S. 93.
— in Deutschland, ist dreyerley. 91. S. 94. u. f.
Bürgerlicher Tod. 187. S. 180.
Bürgschaft, s. Bürge.
Burgfriede. 271. S. 226.

C.

Cäsar', Julius will ein corpus iuris verfertigen lassen. §. 2. S. 3.
Caius, von s. Institutionen. 8. S. 15.
Calumniose litigare. 1224. S. 885.
— iuramentum calumniae. 1225. S. 885.
Canon emphyteuticus. 901. S. 727.
Capite censi. 187. S. 180.
Capitis diminutio was sie ist? 187. S. 180.
— wie vielerley? 188. S. 180.
— Deutsches Recht in Ansehung derselben. 192. S. 182.
— hebt die väterliche Gewalt auf. 153. S. 157.
Capito, Urheber einer Secte. 7. S. 14.
Capitula ordinaria und *extraordinaria* des Lehnrechts. 15. S. 28.
— ob die letzten in Deutschland gelten? Ebendas.
Caput, bedeutet den bürgerlichen Zustand. 187. S. 180.
Caracalla giebt allen Römischen Unterthanen das Bürgerrecht. 90. S. 94.
Cassianer. 7. S. 14.
— streiten mit den Proculejanern über die Bestimmung der Mündigkeit. 217. S. 195.
Castrat, was er ist? 62. S. 72.
— kann nicht adoptiren. 146. S. 152.
Casus. 754. S. 629.
— merus und mixtus. Ebendas.
Casus, wer ihn trägt und ersetzt? §. 761. S. 639.
Catonianische Regel. 482. S. 420.
Causa, externa und interna. 329. S. 275.
Cautelen, was sie sind? 26. S. 40.
Caution, was sie ist? 231. S. 204. 1180. S. 864.
— de damno infecto. 824. S. 672.
Cautio legatorum nomine. 825. S. 673.
— de dolo. 826. S. 673.
— de persequendo servo. 827. S. 673.
— de pretio restituendo. 828. S. 673.
— rem pupilli salvam fore. 829. S. 674.
— de rato. Ebendas. S. 674.
— de rato. 1177. S. 863.
— Muciana. 493. S. 436.
— Ursache der gerichtlichen. 1179. S. 864.
— wenn wird Caution im Gericht geleistet? 1181. S. 865.
— der Vormünder, s. Vormundschaft.
Celsina responsio. 445. S. 382.
Cenotaphium. 265. S. 223.
Census. 76. S. 87.
Centumviri. 57. S. 64.
Centurien des Römischen Volks. 36. S. 48. u. f.
Cession. was sie ist? 992. S. 785.
Charta deletitia und ὀπισθόγραφος. 448. S. 383.

Chirographum, was es heißt? §. 850. S. 688.
Churprinzen, werden im 18. Jahr majorenn. 230, S. 204.
Christen, sollten sich nicht mit Ungläubigen verheyrathen. 126. S. 135.
Cicero soll ein corpus iuris haben schreiben wollen. 2. S. 3.
Classen des Römischen Volks. 36. S. 48.
Clausula codicillaris. 627. u. f. S. 537. u. f.
Codex und *volumen*, wie sie verschieden waren? 5. S. 8.
Codex Gregorianus und *Hermogenianus* 5. S. 7. u. f.
— dessen Fragmente gelten in Deutschland nicht. 15. S. 26.
— *Iustinianeus.* 5. S. 7.
— neuer, Veranlassung dazu. 10. S. 17. u. f.
— von dem Namen codex repetitae praelectionis. Ebendas. S. 17.
— von dessen Eintheilung. Ebendas. S. 17.
— seine Originalsprache. Ebendas.
— verlohrne und wieder gefundne Verordnungen desselben. Ebendas.
— wie er allegirt werde? Ebendas.
— wird in den Institutionen allegirt, und die angeführte Stellen finden sich nicht. 10. S. 18.
— geht den Institutionen und Pandecten vor. 16. S. 29.
— *Theodosianus.* 5. S. 8. gilt in Deutschland nicht. 15. S. 26.
Codicille, was sie sind und wie vielerley? 618. u. f. S. 532. u. f.
— was man darinn verordnen kann? 622. S. 533.
— wie sie gemacht werden? 623. S. 533. 626. S. 535.
— wer sie machen kann? 624. S. 534.
— von mehrern Codicillen Eines Menschen. 625. S. 535.
Codicillarclausel. 627. u. f. S. 537. u. f.
Cognati, was sie sind? 115. S. 119.
Cognati erben nach dem alten Recht nicht ab intestato. §. 642. u. f. S. 543.
— der Prätor gab ihnen B. P. 664. S. 553.
— erben nach dem neuesten Recht. 681. S. 559.
Cognationis iura naturalia sunt. 115. S. 122.
Collation, was sie ist? 709. S. 584.
— Grundsätze bey derselben. 710. S. 585.
Collegia, licita und illicita. 485. S. 422.
— werden in integrum restituiret. 1002. S. 790.
Colonia partiaria 887. S. 717.
Coloni servi. 69. S. 83.
Colonus. 881. S. 714.
Comitia, was sie waren? 36. S. 49.
— standen unter Aufsicht des Senates 38. S. 50.
Commixtio. 323. 324. S. 271. u. f.
Commodatum, was es ist. 770. S. 647.
— Grundsätze bey demselben. 771. S. 647. u. f.
— wie lange, und wie hat der Commodatarius die Sache zu brauchen? 772. S. 648.
— Dieser Contract ist unentgeldlich. 773. S. 649.
— welche culpa wird darinn geleistet. 774. S. 650.
— wer trägt den casum? 775. S. 650.
— Klagen, die aus diesem Contract entstehen. 776. u. f. S. 650. u. f.
Communis bonorum universalis unter den Ehegatten. 127. S. 137.
Compagnie, erbt den Soldaten. 703. S. 581.
Compensation, was sie ist. 978. S. 773.
— Erfordernisse derselben. 979. S. 774.
— Wirkungen. 980. S. 775.
Competentiae beneficium, s. beneficium competentiae.
Competenz des Richters, was sie ist? 1237. S. 891.
Concubinat, was er ist? 113. S. 117.

Condictio causa data, causa non secuta. §. 957. S. 758.
— *ex chirographo.* 857. S. 693.
— de eo quod certo loco. 968. S. 767.
— *certi ex mutuo.* 769. S. 646.
— *certi vel incerti ex stipulatu.* 809. S. 666.
— *furtiva.* 1030. S. 808.
— *indebiti.* 956. S. 757.
— *ex lege*, was sie ist? 1090. S. 829.
— *ex L.* 30. C. *de inoff. testam.* 473. S. 408.
— *ex L.* 32. *de reb. cred.* 1102. S. 836.
— *ex L. ult. C. de dot. promiss.* 134. S. 143.
— *sine causa.* 957. S. 759.
— *Triticiaria.* 968. S. 767.
— *ob turpem causam.* 957. S. 758.
Conditio, s. Bedingung.
Confirmatio tutoris, s. Vormundschaft.
Confusio, modus adquirendi. 324. S. 271.
— modus tollendi obligationes. 981. S. 776.
Consensus curatoris. 227. S. 201.
— s. Einwilligung.
Constitutiones der Kayser. 5. S. 7.
— personales. 48. S. 57.
— s. Verordnungen.
Constitutum, was es ist, und wie vielerley? 846. S. 685.
— dessen Nutzen. 847. u. f. S. 687.
Consanguinei, s. Verwandtschaft.
— fratres, s. Geschwister.
Consuetudo, s. Gewohnheit.
Consuln, was sie waren? 36. S. 49.
Contracte, wie sie von pactis unterschieden sind? 746. u. f. S. 622.
— benannte und ungenannte. 749. S. 625.
— einseitige und zweyseitige. 750. S. 626.
— *stricti iuris* und *bonae fidei.* 751. S. 627.
— *principales* und *accessorii.* 752. S. 628.
Contracte, was sind Realcontracte? §. 763. S. 640.
— *verbales*, was sie sind. 803. S. 663.
— Gattungen derselben. 804. S. 664.
— Consensualcontracte, woher sie ihren Namen haben? 859. S. 695.
— Natur dieser Contracte. 860. S. 696.
— fünf Gattungen derselben. 861. S. 697.
— *innominati* was sie sind? 800. S. 661.
— in denselben konnte man pönitiren. 801. S. 661.
— vom contractu *aestimatorio, permutationis* und *suffragii.* 802. S. 662.
— *amicorum.* 756. S. 631.
— *claudicantes.* 209. S. 191.
— entweder veri oder quasi contractus. 933. S. 746.
Contubernium, s. Ehe.
Conventio, was sie ist. 732. S. 603.
— *in manum.* 128. S. 138.
— *de spe et re sperata.* 740. S. 617.
Conventionalstrafe 987. S. 781.
Corpus iuris, wer dessen Geschichte beschrieben? 1. S. 1.
— Veranlassung zu dessen Verfertigung. 1. S. 2.
— wer vor Justinian dergleichen verfertigen wollen? 2. S. 3.
— welche Theile desselben gesetzliches Ansehen haben? 15. S. 26. u. f.
— wenn sich die Gesetze darinn widersprechen, welches vorgehe? Ebendas.
— Ausgaben davon. 17. S. 32.
Correi debendi et credendi. 813. S. 667.
— Quellen der passiven Correalverbindlichkeit. 814. S. 668.
— und der activen. S. 668.
— ob die *correi* sich unter einander belangen können? 820. S. 670.
Creditores, s. Gläubiger.
Critik, juristische. 24. S. 39.
Culpa. 754. S. 629.
— Grade derselben. 757. 758. S. 632.

Culpa levis in concreto. Ebendaſ. S. 633.
— wie ſie präſtirt wird. §. 759. S. 634.
Cura, *curatio*, *curatela*, was ſie ſey, und wie vielerley? 222. S. 197.
— curator abſentis, ventris, maſſae, und litis. Ebendaſ.
— der Kranken Taubſtummen. Ebendaſ.
— iſt entweder legitima, oder dativa. Ebendaſ.
— der Blödſinnigen. 223. S. 198.
— der Verſchwender. 224. S. 199.
— der Minderjährigen. 225. S. 199.
— nach den Römiſchen Rechten bekommen die Minderjährigen keinen Curator gegen ihren Willen. §. 226. S. 200.
Cura, anders iſt es in Deutſchland. 230. S. 203.
— Pflichten eines Curators. 227. S. 201.
— wie die Curatel aufhöre? 228. S. 202.
— Klagen, welche daraus entſtehen. 229. S. 203.
— curator primario datur rebus. 227. S. 201.
— *Curator in litem*. 212. S. 193.
— der Weiber in Sachſen. 247. S. 216.
Curiales. 140. S. 148.

D.

Damnati ad mortem, ob ſie teſtiren können? §. 470. S. 404.
Damnum, ſ. Schaden.
— *iniuria datum*, was es iſt? 1045. S. 813.
— wird vom Aquiliſchen Geſetz beſtraft. Ebendaſ.
— es wird entweder aus Vorſatz, oder aus Nachläſſigkeit begangen. 1046. S. 813.
— widerrechtlich, 1047. S. 814.
— nicht durch Zufall. 1048. S. 814.
— lex Aquilia ſetzt voraus, daß einer an ſeinem Vermögen Schaden leide, und ut corpore corpori noceatur. 1049. S. 814.
— von den Capiteln dieſes Geſetzes, und zwar vom erſten. 1050. u. f. S. 815. u. f.
— Klage aus dem erſten Capitel. 1052. S. 816.
— vom zweyten Capitel. 1053. S. 816.
— vom dritten. 1054. u. f. S. 817.
— noch einige Anmerkungen über dieſes Geſetz. 1059. u. f. S. 817.
— von deſſen heutigem Gebrauch. 1060. S. 818.
— *infectum*. 824. S. 672.
Dahrlehn, was es iſt? 765. 642.
Darlehn, Grundſätze davon. §. 766. S. 642.
— wer ein Darlehn geben könne? 767. S. 643.
— was entſteht aus demſelben für eine Verbindlichkeit. 768. S. 644.
— in welchem Fall der Empfänger Zinſen zu zahlen ſchuldig iſt? Ebendaſ. S. 644.
— Klage aus dem Darlehn. 769. S. 646.
Datio in ſolutum. 976. S. 772.
Deciſiones 50. ſ. Entſcheidungen.
Decrete, kayſerliche, was ſie ſind? 46. S. 55.
— ob ſie allgemeine Geſetze ſind? 47. S. 55.
— ſind entweder decreta ſtricti, oder interlocuta. 46. S. 55.
Decretum D. Marci. 1040. 811. 1044. S. 812.
Decuriones, was ſie waren. 140. S. 148.
— konnten keine Landgüter pachten. 885. S. 716.
Decunx hereditatis. 489. S. 428.
Defenſor, was er iſt? 937. S. 748.
Definitionen, legaliſche, was ſie ſind? 28. S. 42.
Deiectio, quaſi delictum. 1078. u. f. S. 825.

Delegation. §. 989. S. 782.
— Wirkungen derselben. 990. S. 783.
— Unterschied derselben von andern ähnlichen Geschäften. 992. S. 784.
Delictum, s. Verbrechen.
Denunciatio litis. 964. S. 762.
Deportati. 190. S. 181.
Depositio debiti. 982. u. f. S. 777.
Depositum, was es ist? 779. S. 651.
— Grundsätze davon. 780. S. 652.
— es wird unentgeldlich geschlossen. 781. S. 652.
— ein Betrug macht den Depositar ehrlos. 772. S. 652.
— ob der Depositar die Sache gebrauchen darf? 783. S. 653.
— irregulare. Ebendas.
— von der culpa und casu. 784. S. 653.
— es ist entweder simplex, oder miserabile. 785. S. 654.
— Klagen daraus. 787. u. f. S. 655. u. f.
Descendenten. 116. S. 124.
Detention, was sie ist? 281. S. 232.
Deunx hereditatis. 489. S. 428.
Dextans hereditatis. 489. S. 428.
Dictator, was er war? 36. S. 48.
Diebstahl, was er ist? 1018. u. f. S. 805. u. f.
— Eintheilungen desselben. 1022. S. 806.
— vom furto rei. 1023. S. 806.
— vom furto usus. 1024. S. 807.
— possessionis. 1025. S. 807.
— manifesto und nec manifesto. 1026. u. f. S. 807.
— Klagen gegen den Dieb. 1029. u. f. S. 808. von der condictione furtiva. 1030. S. 808.
Diebstahl von der actione furti. §. 1031. S. 808.
— Verhältniß dieser Klagen gegen einander. 1032. S. 808.
— von der peinlichen Strafe des Diebstahls. 1033. S. 809.
— vom heutigen Gebrauch dieser Lehre. 1034. u. f. S. 809.
Dienstbarkeit, s. Servitut.
Dies, in heredis institutione. 491. S. 432.
— legati cedit et venit. 583. S. 510.
Digesta, s. Pandecten.
Dingliches Recht, s. Recht.
Disciplina domestica. 101. S. 101.
Dispensatio. 48. S. 57.
Disputatio fori. 57. S. 64.
Dissensus mutuus. 999. S. 788.
Divisionis beneficium, s. *beneficium divisionis*.
Divortium. 129. S. 139.
Dodrans hereditatis. 489. S. 428.
Dolus, was er ist, und wie vielerley. 754. S. 629. 1007. S. 794.
— ist zu prästiren. 756. S. 631.
— infamirt zuweilen. Ebendas.
Dolo possidere desinere, was es heisse. 281. S. 234.
Dominicae res, s. res dominicae.
Dominium, s. Eigenthumsrecht.
— hominis in hominem. 64. S. 78.
— *litis*. 1178. S. 863.
Dominus tabernae. 1146. S. 853.
Domitiana quaestio. 445. S. 382.
Donatio, s. Schenkung.
— *propter nuptias*. 416. S. 354.
Dos, s. Brautgabe.
Dotis dictio solennis. 804. S. 664.
Duplicatio, was sie ist? 1203. S. 874.
Dupondium. 489. S. 428.

E.

Edicte der Magistratspersonen. §. 51. S. 60.
— wie sie eingetheilt werden? 51. 52. S. 60.
Edicte, ob sie zum geschriebenen oder ungeschriebenen Recht gehören. §. 35. S. 48.
— *aedilium*. 53. S. 61.

Edicte, *Edictum perpetuum aedilitium.* §. 53. S. 61.
— dreyzehen des K. Justinians. 14. S. 24. Ob sie in Deutschland gelten? 15. S. 27.
— kayserliche. 43. S. 54.
— *Edictum perpetuum.* 53. S. 61.
— *edictum successorium.* 635. S. 540. 664. S. 554.
Effestucatio. 335. S. 280.
Effusio, quasi delictum. 1078. u. f. S. 825.
Ehe, was sie ist? 108. S. 108.
— Grundsätze davon. 110. S. 110.
— erfordert Einwilligung. 111. S. 110.
— ist ungiltig, wenn sie durch Furcht erzwungen, oder durch Betrug veranlaßt ist. 111. S. 110.
— Kastrat kann keine Ehe schliessen. Ebendas. S. 111.
— Alter derjenigen, die heyrathen wollen. Ebendas.
— ist entweder Monogamie oder Polygamie, oder Gemeinschaft der Weiber. Ebendas.
— Polygamie ist von verschiedener Art. Ebendas.
— Bigamie ist ein Verbrechen. Ebend. S. 112.
— binnen dem Trauerjahr ist die Ehe verboten. Ebendas.
— zweyte Ehe ist nicht so begünstigt, als die erste! poenae secundarum nuptiarum. Ebendas.
— wie nuptiae, matrimonium und contubernium verschieden gewesen? 112. S. 113.
— erfordert des Vaters Einwilligung. Ebendas. und S. 114.
— was ist Rechtens, wenn sie ohne des Vaters Einwilligung geschlossen wird? Ebendas.
— ob die Ratihabition hinlänglich? Ebendas.
— muß nach der gesetzlichen Form geschlossen werden? 113. S. 116.
Ehe, wie sie vom Concubinat unterschieden ist? §. 113. S. 117.
— Gewissensehe, was sie ist? Ebend.
— zur linken Hand. Ebendas.
— drey Gattungen verbotener Ehen. 114. S. 118.
— matrimonium putativum. Ebendas.
— in welchen Graden die Ehe verboten ist? 121. u. f. S. 129. u. f.
— welche Ehen als unanständig verboten sind. 125. S. 133.
— und welche als schädlich? 126. S. 134.
— deren Wirkungen. 127. u. f. S. 136. u. f.
— wie sie geendigt wird. 129. S. 139.
— ist bey den Töchtern ein Mittel, die väterliche Gewalt zu endigen. 163. S. 164.
— wer in zweyter Ehe lebt, kann den zweyten Ehegatten nur auf einen gewissen Theil zum Erben einsetzen. 487. S. 424.
— blutschänderische, wer sie schließt, kann nicht testiren. 470. S. 404.
Ehebrecher, darf die Ehebrecherin nicht heyrathen. 125. S. 133.
Ehebruch. 1253. S. 896.
— öffentliche Strafe desselben. 1054. S. 896.
— Privatstrafe. 1255. S. 897.
Ehefrau, deren Rechte. 128. S. 137.
— von dem ihr zustehenden Pfandrechte. 719. S. 592. und 594.
Ehegatten, von ihrem Erbrecht. 701. u. f. S. 579. u. f.
— können einander nichts schenken. 413. S. 351.
— von ihrer Gütergemeinschaft, s. communio bonorum.
Eheliche Geburt. 107. S. 107.
Ehemann, seine Rechte. 128. S. 137.
— kann nach dem Römischen Recht nicht Vormund über die Frau seyn. 245. S. 214.
— ob in Deutschland? 247. S. 215.

Ehemann, von seinem stillschweigenden Pfandrechte auf das Vermögen dessen, welcher ihm eine Brautgabe versprochen. §. 719. S. 592.
— von seinen Rechten über die Brautgabe, s. Brautgabe.
Ehepacten, was sie sind? 133. S. 142.
— in wie fern sie giltig sind? Ebendas.
Ehescheidung. 129. S. 139.
Eheverlöbniß, was es ist. 108. S. 109.
— Grundsätze davon. 109. S. 110.
Ehrlosigkeit, was sie ist, und wie vielerley? 62. S. 75.
Eigenthumsrecht, was es ist? 287. S. 241.
— ist entweder dominium quiritarium, oder bonitarium. 288. S. 242.
— entweder widerruflich oder nicht. 289. S. 243.
— das widerrufliche hört entweder ex tunc, oder ex nunc auf. Ebendas. S. 243.
— ist entweder dominium solitarium, oder condominium, oder minus plenum. 290. S. 244.
— das minus plenum entweder directum oder utile. 291. S. 245.
— entweder feudum, oder emphyteusis, oder superficies. 292. S. 246.
— Klagen aus demselben. 244. S. 285. u. f.
— eines Menschen über den andern. 64. S. 78.
— der Staat ist befugt, den Unterthanen den Misbrauch ihres Eigenthums zu verwehren. 96. S. 97.
Einfältige, s. Stupide.
Einkindschaft. 151. S. 156.
Einwerfung, s. Collation.
Einwilligung, wahre, vermuthliche; ausdrückliche, stillschweigende; gewisse, wahrscheinliche. 735. S. 607.
Eisernes Vieh. 889. S. 719.
Elternstatt, welche Personen mir an Elternstatt sind? 120. S. 128.
Emancipation, was sie ist. 156. S. 159.
Emancipation, wie vielerley. §. 157. 158. S. 160.
— zuweilen ist sie nicht freywillig. 160. S. 161.
— ist eine capitis deminutio. 171. S. 181.
Emblemata Triboniani. 6. S. 10.
Embryonen, ihre Rechte. 62. S. 72.
Empfehlung, in wie fern sie verpflichtet? 919. S. 739.
Emphyteusis, Bedeutungen dieses Worts. 896. S. 724.
— Ursprung emphyteusis. Ebendas. S. 725.
— ob auch Gebäude ein Gegenstand derselben sind? Ebendas. S. 725.
— Personen in diesem Contract. 897. S. 725.
— Natur desselben. 898. S. 726.
— Rechte des emphyteutae. 899. 900. S. 726. u. f.
— Rechte des domini emphyteuseos. 901. S. 727.
— wie das emphyteutische Recht aufhöre? 902. S. 728.
— Klagen aus der emphyteusi. 903. 904. S. 729. u. f.
Empiriker, was er sey. 23. S. 38.
Enterbung, altes Römisches Recht bey derselben. 472. S. 405.
— neue Gesetze. 473. S. 406.
— was sie ist. 474. S. 411.
— wie sie von der praeteritione verschieden ist. Ebendas.
— Drey Fragen dabey. 475. S. 412.
— Form derselben. 476. S. 413.
— exheredatio rite facta. Ebendas.
— Ursachen derselben. 477. 478. 479. S. 414. u. f.
— ob sie eine Ausdehnung leiden? 480. S. 418.
— welche Personen man übergehen und nicht übergehen kann? 526. u. f. S. 465.
— was ist Rechtens, wenn der Vater oder die väterliche Ascendenten suos, die schon gebohren sind, ausschliessen? 528. S. 467.

Enterbung, was ist Rechtens bey den Emancipirten? §. 529. S. 467.
— bey den posthumis? 530. S. 468.
— bey den Adoptivkindern? 531. S. 468.
— was haben Mutter und mütterliche Ascendenten zu beobachten? 532. S. 468.
— was ist Rechtens, wenn Eltern oder Geschwister ausgeschlossen werden? 533. S. 469.
Entführer, darf die Entführte nicht heyrathen. 125. S. 133.
Entscheidungen, fünfzig; was sie sind, wo sie stehen, woran sie zu erkennen? 7. S. 14.
Entschuldigung der Vormünder, s. Vormundschaft.
Eparchi, *Eparchica*, was sie sind? 11. und 12. S. 20.
Epistolae, der Kayser. 44. S. 54.
Epitome Iuliani, was sie sey? 11. u. 12. S. 20.
Erbe, was er ist? 482. S. 419.
— erhält alle Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen. Ebendas.
— nur nicht die ganz persönliche. Ebendas.
— von der Erbfähigkeit. Ebendas. S. 420.
— sowohl freye Menschen, als Sklaven sind erbfähig. 483. S. 421.
— Fremde konnten nicht eingesetzt werden. 484. S. 421.
— ob ungewisse Personen, Arme, Kirchen, Städte, Gesellschaften? 485. S. 422.
— wer zur Strafe nicht eingesetzt werden kann. 486. 487. S. 423. u. f.
— Regeln bey der Erbeinsetzung. 488. S. 427.
— die Erben sind entweder freywillige, oder nothwendige. 536. S. 473.
— wer sind die nothwendige? 537. S. 474.
— Rechtswohlthaten des Erben. 547. S. 483.
Erbe, von der Deliberationszeit. §. 548. S. 484.
— von der Wohlthat des inventarii. 549. S. 485.
— von der Repudiation der Erbschaft. 550. S. 486.
— die Erbseinsetzung kann befehls- und bittweise geschehen. 441. S. 374.
— von der Erbeinsetzung mit Beyfügung einer Zeit. 491. S. 432.
— unter einer Bedingung. 492. 493. S. 433. u. f.
Erbgelder. 991. S. 784.
Erbschaft, was sie ist? 437. S. 369.
— hereditas delata, adquisita. Ebendas. S. 369.
— Erbfolge. Ebendas. S. 370.
— dreyerley Arten der Erbfolge. Ebendas.
— von der Erbfolge ab intestato, s. Intestaterbfolge.
— Namen der Erbschaftstheile. 489. S. 428.
— wie die Erbschaft vertheilt werden muß. 490. S. 428. u. f.
— Erbschaftsantretung ist ein Quasicontract. 951. S. 754.
Erbverträge, ob sie nach Röm. Recht gelten? 737. S. 611.
Erklärung der Gesetze, wie vielerley sie ist? 24. S. 38.
— von der logischen Erklärung. 25. S. 39.
— Grund der extensiven. Ebendas.
— Grund der restrictiven. Ebendas.
Erlassung der Schuld. 998. S. 787.
Ermessen des Richters, s. arbitrium.
Eroberung im Krieg. 302. S. 253.
Erwerb in der Ehe. 128. S. 137.
Erwerben, durch wen man ein ius in re erwerben kann? 422. S. 361. 435. S. 368.
— durch welche Personen kann man sich ein ius ad rem erwerben, und eine Verbindlichkeit zuziehen? 958. u. f. S. 759. u. f.
Essentialia pacti, 732. S. 604.

Etymologien der Stoiker. §. 67. S. 80.
Evictionsleistung, was sie ist? 960. S. 760.
— Gründe, sie zu fordern. 961. u. f. S. 760.
Evocatio sacrorum. 263. S. 222.
Exceptio, was sie ist? 1196. S. 872.
— ist entweder iuris oder facti. Ebend.
— civilis oder praetoria. 1197. S. 872.
— peremtoria oder dilatoria. 1198. S. 872.
— perpetua oder temporaria. 1199. S. 873.
— personalis oder realis. 1200. u. f. S. 873.

Facultas, s. Vermögen.
Falsi crimen. §. 1266. u. f. S. 899.
Fama, s. Name.
Familia, was es bedeutet. 92. 93. S. 95.
Faustpfand, 713. S. 588.
Feindschaft, schließt von der Tutel aus. 245. S. 214.
Feudorum libri, s. Lehnrecht.
Fictio iuris. 136. S. 144.
— *simplex* und *retrotractiva* in der Legitimation. 136. S. 144.
Fideicommisse, was sind Universalfideicommisse? 600. u. f. S. 523.
— Personen, die dabey vorkommen. 602. S. 524.
— Eintheilung derselben. 603. S. 525.
— wer kann fideicommittiren? 604. S. 525.
— wem kann man Fideicommisse auflegen? 605. S. 526.
— wie kann man sie verordnen? 606. S. 527.
— waren anfangs unverbindlich. 607. u. f. S. 527.
— Einführung der quartae Trebellianicae. 610. u. f. S. 528.
— von fideicommissis singularibus. 617. u. f. S. 531.
— wie sie von den legatis unterschieden sind? 552. S. 487.
Exceptio non num. pecuniae. §. 851. 854. S. 689. u. f.
— sub- et obreptionis. 45. S. 55.
Excusation des Vormundes, s. Vormundschaft.
Excussionis beneficium. 836. S. 676.
Exercitor. 1146. S. 853.
Expromissio. 989. S. 782.
Exquaestor sacri palatii, was er war? 8. S. 15.
Exsilium und *relegatio* waren verschieden. 190. S. 181.
Eyd, wirkte keine Verbindlichkeit bey den Römern. 804. S. 664.

F.

Fideiussor, s. Bürge.
Fides, *bona*, *mala*, §. 396. S. 330.
Filii familias, in wie weit der Vater durch sie erwirbt? 425. S. 362.
— können nicht testiren. 458. S. 391.
— wenn dieselbe aus ihren Contracten belangt werden können? 1158. S. 856.
— deren Verbindlichkeit aus einem Darlehn ist in den bürgerlichen Gesetzen nicht bestätigt. 727. S. 599. s. auch *Senatusconsultum Macedonianum*.
Finden, ein modus adquirendi. 304. S. 255.
Fischen. 298. S. 249.
Fiscales res. 398. S. 334.
Fiscus nimmt eine vacante Erbschaft zu sich. 703. S. 581.
— hat ein Pfandrecht auf dem Vermögen seiner Cassirer. 719. S. 591.
— auf dem Vermögen derer, welche Contracte mit ihm schliessen. Ebendas.
— auf den Gütern der Unterthanen, welche Abgaben schuldig bleiben. Ebendas.
— welche seiner Pfandrechte privilegirt sind? 719. S. 593.
— ob ihm alle herrenlose Sachen gehören? 307. S. 258.
— eignet sich die Schätze zu. Ebendas.

Fiscus,

Fiscus, auf die Inseln und Alluvion. §. 313. S. 263.
— wenn er mir eine Sache verkauft, werde ich sogleich Eigenthümer. 344. S. 286.
Flumen und *stillicidium*. 360. S. 300.
Foetura, modus adquirendi. 310. S. 260.
Forum competens, was es ist? 1237. S. 891.
— Eintheilungen desselben. 1238. S. 891.
Fratres et sorores bilaterales. 692. S. 569.
— unilaterales. 698. S. 575.
Frauenzins. 70. S. 84.
Fremde können nach Römischem Recht nicht testiren. 465. S. 399.
— s. Zustand des Bürgerrechts.
Freygebohrner, s. *ingenuus*.
Freygelassener, der Patron erbt ihn. 647. u. f. S. 547.
Freygelassener, von der Assignation der Freygelassenen. §. 653. S. 548.
— s. auch *Libertinus*.
Freyheit, was sie heise. 64. S. 79.
— Klagen, die aus dem Zustand der Freyheit entstehen. 84. S. 90.
Freylassung, s. Manumission.
Fructus, was sie sind? 329. S. 275.
— sind entweder ordentliche oder ausserordentliche. Ebendas. S. 275.
— naturales oder civiles. Ebendas.
— pendentes, oder percepti, oder percipiendi. Ebendas. S. 276.
— wem sie gehören? Ebendas. S. 276.
— von der fructuum perceptione des bonae fidei Besitzers. 331. u. f. S. 276. u. f.
— *fructuum perceptio*, modus adquirendi. 329. S. 275.
— von der Erstattung der Früchte bey Personalklagen. 1132. S. 848.
Furiosi, s. Blödsinnige.
Furtum, s. Diebstahl.

G.

Galeeren, ob die Verweisung auf die Galeeren eine capitis deminutio sey. §. 192. S. 182.
Gebäude, wem es gehört, wenn die Materialien und der Boden verschiedene Eigenthümer haben. 319. S. 266. u. f.
— wer Geld zur Herstellung eines Gebäudes borgt, hat ein stillschweigendes Pfandrecht. 719. S. 593.
Geburtszeit, von der wahren. 107. S. 107. u. f.
Geistliche, dürfen nach dem canonischen Recht nicht heyrathen. 126. S. 135.
— ob sie Vormünder werden können? 245. S. 214.
— ob sie sich nicht verbürgen können? 838. S. 678.
— sollen keine Landgüter pachten. 885. S. 716.
Geld, Bedeutung dieses Worts bey den Juristen, 259. S. 221.
Gelübde, §. 735. S. 607.
Gemählde, wem gehört es, wenn ich auf eine fremde Tafel mahle? 318. u. f. S. 266. u. f.
Gemeinden werden in integrum restituirt. 1002. S. 790.
Gemeinschaft der Güter, s. *communio bonorum*.
Gentilen, was sie sind? 115. S. 123.
Genus, was es heise? 566. S. 409.
Gerechtigkeit ist der Zweck der Jurisprudenz. 27. S. 41.
— was sie sey? 27. S. 41.
— ist entweder äusserlich oder innerlich. 28. S. 42.
— entweder expletrix oder attributrix. 27. S. 41.
Gerechtigkeiten, s. Rechte und Servitut.
Gerichte, deren Eintheilung in Rücksicht auf die darinn vorkommende Sachen. 1239. S. 893.

Gerichtsferien, hängen vom Senat ab. §. 38. S. 50.
Gerichtskosten, s. Proceßkosten.
Gerücht, s. Name.
Gesandschaften, standen unter der Aufsicht des Senates. 38. S. 50.
Geschenke, ob sie conferirt werden? 710. S. 586.
Geschwister, vollbürtige. 692. S. 569.
— Halbgeschwister, consanguinei und uterini. 698. S. 575.
— welche den Pflichttheil fordern können? 473. S. 406.
Gesetzbuch, Römisches, s. corpus iuris.
Gesetze, was sie sind? 19. S. 35.
— von deren Erklärung, s. Erklärung.
— von deren Anwendung. 26. S. 40.
— s. auch leges und lex.
Gesellschaften, welche zum Erben eingesetzt werden können? 485. S. 422.
— s. Societät.
Gewalt, potestas, was sie sey? 64. S. 78.
— väterliche, s. natürliche Gewalt.
— dominica. 92. und 93. S. 96. u. f.
Gewehrleistung, s. Eviction.
Gewissensehe. 113. S. 117.
Gewohnheit, obligatorische, freye. §. 58. S. 65.
— permissiva, praeceptiva consuetudo. Ebendas. u. S. 66.
— Erfordernisse einer gesetzlichen. Ebendas. S. 66.
— gilt als ein Gesetz. Ebendas. S. 67.
— hat dieselbige Autorität, wie ein geschriebenes Gesetz. 58. S. 67.
Gläubiger, ob sie in alle Rechte eines Gemeinschuldners treten? 676. S. 557.
Giftmischerey, s. Vergiften.
Glossae, Glossatores, was sie sind? 13. S. 22.
Grade, der Verwandschaft, wie sie gezählt werden? 117. 118. S. 125. u. f.
— der Schwägerschaft. 119. S. 128.
Gräber, waren bey den Römern res religiosae. 264. u. f. S. 222.
Gregorius sammelt den Gregorianischen Codex. 5. S. 7. u. f.
Großjährige. 62. S. 73.
Gütergemeinschaft, s. *communio bonorum.*
Gutachten der Rechtsgelehrten, s. Rechtsgelehrten.

H.

Habitatio, servitus. §. 384. 385. S. 320.
Hadrian fängt zuerst an, die gesetzgebende Gewalt öffentlicher und eigenmächtiger auszuüben. 41. S. 53.
— läßt das edictum perpetuum machen. 53. S. 61.
Halbbauer. 887. S. 717.
Halbgeschwister. 698. S. 575.
Handlungen, äusserliche und innerliche. 28. S. 42.
Handwerksleute, welche Geräusch machen, sollen sich nicht in die Nachbarschaft der Gelehrten einmiethen. 885. S. 716.
Hausfriede. 271. S. 226.
Haushaltung, durch Anstellung einer eignen, gehen in Deutschland die Kinder aus der väterlichen Gewalt. §. 163. S. 164.
Heilige Sachen, s. Sachen.
Hemdschilling. 70. S. 84.
Hereditas, s. Erbschaft.
— *iacens*. 542. S. 478.
Hereditatis petitio, was sie ist, und wie vielerley? 704. 705. S. 581.
— Grundsätze bey derselben. 706. S. 581.
— partiaria, possessoria, fideicommissaria. 707. S. 583.
Heres, pro herede besitzen. 706. S. 582. s. Erben.
Hermogenianus, sammelt den Hermogenianischen codex. 5. S. 7. u. f.
Herr, Rechte des Herrn über seine Sklaven, s. Sklaven.

Herr, kann aus den Verbrechen des Sklaven belangt werden. §. 1161. u. f. S. 857. u. f.
Hinkende Contracte. 209. S. 191.
Hinterlegung, f. Depositum.
Hochverrath, wer dieses Verbrechen begeht, kann nicht testiren. 470. S. 404.
— auch nicht zum Erben ernennt werden. 486. S. 424.
Homo sui und *alieni iuris*. §. 92. 93. S. 95.
Honorarium. 773. S. 649.
Hugolinus a Presbyteris, hängt das Lehnrecht dem corpori iuris an. 14. S. 25.
Hure. 137. S. 145.
Hypothek, f. Pfand.

J.

Iactus retis. §. 866. S. 699.
Jagdfolge. 301. S. 253.
Jagen, eine Erwerbungsart. 299. S. 249.
— welche Thiere man jagen kann? 300. S. 250.
— ob die Verwundung schon eine Occupation ist? 301. S. 252.
— wer heutigestags das Recht zu jagen habe? 307. S. 258.
Ignorantia iuris. 954. S. 755.
Illustres, wer diesen Titel führte? 690. S. 567.
Immiscere se hereditati. 540. S. 476.
Imperium, was es ist, und wie vielerley? 1235. S. 889.
— *in personam*. 64. S. 78.
Impubes. 62. S. 73. f. auch Unmündige.
Inaedificatio. 318. S. 266.
— modus adquirendi. 320. S. 267. u. f.
Incestuosi, f. Kinder uneheliche.
Inclusio, 318. S. 266.
— modus adquirendi. 319. S. 266.
Indebiti solutio, ein Quasicontract. 953. u. f. S. 754. u. f.
— von der condictione indebiti. 956. S. 757.
Infamia, f. Ehrlosigkeit.
Infans. 62. S. 73.
Infantiae proximus. Ebendas.
Infantiae maior. Ebendas.
Inficiatio. 1196. S. 872.
Infidelis, f. Unglaubiger.
Ingenuus, Bedeutungen dieses Wortes. 72. S. 85.
Ingenuus, Etymologie desselben. Ebend.
— Erklärung eines ingenui. §. 73. S. 86.
Inimicitiae, f. Feindschaft.
Injurien, was sie sind. 1061. S. 818.
— Gattungen derselben. 1062. u. f. S. 819.
— setzen Absicht voraus. 1064. S. 819.
— verschiedene Arten der Injurienklagen. 1066. u. f. S. 820. u. f.
— von der Retorsion. 1072. S. 821.
— vom heutigen Gebrauch. 1073. S. 822.
— wie die Injurienklagen erlöschen? 1075. S. 823.
Inofficiosum testamentum, f. *querela inofficiosi*.
Inquilinus. 881. S. 714.
Insel, wem eine neu entstandene gehört? 310. S. 260.
— wem sie heutigestags gehören? 313. S. 263.
Institor. 1146. S. 853.
Institutionen, was sie sind? 8. S. 15.
— wer sie geschrieben. Ebendas.
— von ihren Quellen. Ebendas.
— wie sie abgetheilt sind? Ebendas.
— Unterschied des Textes und der Compendien. S. 16.
— von der Paraphrase des Theophilus. Ebendas.
— wie sie allegirt werden? Ebendas.
— ob sie älter als die Pandekten? 9. S. 16.
— gelten in Deutschland als ein Gesetzbuch. 15. S. 27.

Institutionen, was ist Rechtens, wenn sie den Pandecten widersprechen? §. 16. S. 29.
Instrumenta indiscreta, 858. S. 694.
— dotalia, ob sie bey der Legitimation erforderlich? 139. S. 147.
Interpretatio, s. Erklärung.
Interdictum, was es ist? 1205. S. 875.
— erste Eintheilung derselben. 1206. S. 875.
— zweyte. 1207. S. 876.
— dritte. 1222. S. 883.
— interdicta adipiscendae possessionis. 1208. S. 876.
— interdictum quorum bonorum. 1209. u. f. S. 877.
— remedium ex L. ult. C. de ed. D. Hadr. toll. 1211. S. 878.
— de glande legenda. 327. S. 273.
— de *itinere*. 1208. S. 876.
— ex *L. 3. C. de pignor.* Ebendas.
— quod legatorum. 1212. S. 878.
— Salvianum und quasi Salvianum. 1213. S. 879.
— von den interdictis retinendae possessionis. 1215. S. 880.
— uti possidetis. 1216. S. 880.
— summariissimum und ordinarium. 1217. S. 880. u. f.
— utrubi. 1218. S. 881.
— uti possidetis utile. 1219. S. 881.
— unde vi. 1220. S. 882.
— einige Sätze von Interdicten. 1223. S. 883.
— *de liberis exhibendis*. 101. S. 101.
Interesse, was es ist? 968. S. 766.
Interitus rei. 984. u. f. S. 779.
Interlocuta. 46. S. 55.
Intestaterbfolge, Fundament derselben nach altem Römischen Recht. 631. S. 539.
— nach den alten Gesetzen erbten die liberi sui. 632. S. 540.
— und die Ehefrau, wenn sie in manu mariti gewesen war. 633. S. 540.
— nach diesen die Agnaten. 634. S. 540.
Intestaterbfolge, doch nur mit gewisser Einschränkung. §. 635. S. 540. u. f.
— von der Succession der Eltern. 636. S. 541.
— die Mutter succedirt den Kindern nach dem Tertullianischen Rathschluß. 637. u. f. S. 542. u. f.
— die Kinder aber der Mutter vermöge des SCti Orphitiani. 640. S. 543.
— nach den Agnaten erben die Gentilen. 642. S. 543.
— der Prätor ließ auch die Cognaten zur Erbschaft. 643. S. 544.
— wie die Grade in der Successionslehre gezählt werden? 644. S. 545.
— ob die Sklavenverwandschaft ein Erbrecht gebe. 645. S. 546.
— von der Succession des Patrons. S. 647. u. f. S. 547. u. f.
— allgemeine Grundsätze der neuesten Intestaterbfolge. 681. S. 559.
— der Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten fällt weg. Ebendas.
— die Emancipirte erben mit den suis. Ebendas. 686. S. 563.
— Schwägerschaft giebt kein Erbrecht ab intestato. Ebendas.
— vom Repräsentationsrecht. 682. S. 560.
— die Succession geht entweder auf Köpfe oder Stämme. Ebendas.
— oder auf Linien. 682. S. 561.
— zwey Fragen bey der Intestatsuccession. 683. S. 561.
— vier Classen der Verwandten. 684. S. 561. u. f.
— Personen der ersten Classe. 685. u. f. S. 563. u. f.
— von Kindern aus verschiedenen Ehen. 687. S. 564. u. f.
— von legitimirten Kindern. 688. S. 565.
— von der Erbfolge der Adoptivkinder. 689. S. 566.
— von unehelichen Kindern. 690. S. 567.

Intestaterbfolge, wie wird in der ersten Classe succedirt? §. 691. S. 568.
— wer gehört in die zweyte Classe? 692. S. 569.
— welche Personen sind in dieser Classe successionsfähig? 693. S. 570.
— wie wird in dieser Classe succediret? 694. u. f. S. 571. u. f.
— Personen der dritten Classe. 697. S. 575.
— wie wird hier succedirt? 699. S. 576.
— Erben der vierten Classe. 700. S. 578.
— Personen, die aus besondern Gründen erben. 701. S. 579.
Intextura. 318. S. 266.
— modus adquirendi. 319. S. 266.
Inventarium hereditatis. 549. S. 485.
Inventio, modus adquirendi. 304. S. 255.
Irnerius, ob er die authenticas gemacht? 13. S. 23.
Irrthum bey Verträgen. 734. S. 605. u. f.
Iter. 364. S. 303.
Jude, soll keine Christin heyrathen. 126. S. 134.
— jüdischer Sklave wurde frey, wenn er die christliche Religion annahm. 75. S. 87.
Judenschaft, ob sie zum Erben ernennt werden könne? 486. S. 424.
Iudices, wer sie waren? 1128. S. 886.
Iudicium, was es ist? 1227. S. 886.
— Personen desselben. 1228. S. 886.
— *Iudicia duplicia*. 1229. S. 887.
— *possessorium*. 1217. S. 880.
Julians epitome novellarum. 11. und 12. S. 20.
Iura bannaria. 351. S. 299.
Iura singularia. 48. S. 56.
Iuris consulti, s. Rechtsgelehrten.
Jurisdiction, was sie ist nach Römischem Recht? 1231. S. 887.
— Grundsätze davon. 1232. S. 888.
Jurisdiction, sie ist entweder propria oder mandata. §. 1233. S. 888.
— entweder ordinaria oder prorogata. 1234. S. 888.
— was man heutigestages darunter versteht, und wie sie eingetheilt wird? 1236. S. 889. u. f.
Iurisprudentia, s. Rechtsgelehrsamkeit.
— *heuristica*, was sie sey? 26. S. 40.
Ius, was dieses Wort bedeute? 18. S. 35.
— *accrescendi* in hereditate. 494. S. 438. in legatis. 580. S. 509.
— *Albinagii*. 91. S. 94.
— *civile*, Bedeutungen dieses Wortes. 30. S. 43. 31. S. 45. 35. S. 47.
— *deliberandi*, s. *beneficium deliberandi*.
— *gentium*, was die Römer darunter verstehen? 30. S. 43.
— *honorarium*. 51. 52. S. 60.
— *in re*, *ad rem*, *possessionis occupandi*. 280. S. 231. u. f.
— *naturae*, was es bey den Römischen Juristen heisse? 30. S. 43.
— *singulare*, s. *iura singularia*.
— *trium liberorum*. 638. S. 542.
— *postliminii*. 303. S. 255.
— *repraesentationis*. 682. S. 560. s. auch Repräsentationsrecht.
— *retentionis*. 283. S. 237.
— s. Recht.
Iussus, was er ist. 1144. S. 853.
Justinian, wer sein Leben beschrieben? 3. S. 4.
— war von niedriger Herkunft. Ebend.
— wie er zum Thron gelanget? Ebendas.
— soll von Justin adoptirt worden seyn. Ebendas.
— wird von Procop gelobt und getadelt. Ebendas.
— dessen Fehler. 3. S. 5.
— ob er lesen und schreiben gekonnt? Ebendas.

Justinian, seine Heldenthaten. §. 4. S. 6.
— seine Titulatur. 4. S. 6.
Justinianeisches Recht gilt in Deutschland als angenommen. 15. S. 26.
Justinianeisches Recht, wie ist es angenommen? §. 17. S. 30.
Justin, der Kayser. 3. S. 4.
Iustitia, s. Gerechtigkeit.
Iustitium. 403. S. 339.

K.

Kauf, was er ist? §. 862. S. 697.
— dessen wesentliche Eigenschaften. 863. S. 697.
— wenn er zur Vollkommenheit gelangt ist? 864. S. 697.
— erfordert freye Einwilligung. 865. S. 698.
— welche Dinge ein Gegenstand desselben seyn können? 866. S. 698.
— welche nicht? 867. S. 700.
— vom Kaufschilling. 868. S. 701.
— geschieht entweder auf gewisses Maaß, oder in Bausch und Bogen. 669. S. 702.
— Erfordernisse des Kaufschillings. 870. S. 703. u. f.
— von der Verletzung. Ebendas.
— Verbindlichkeit, welche aus dem Kauf entsteht. 871. S. 707.
— wer trägt die Gefahr? 872. S. 707.
— Verträge, welche dem Kauf angehängt werden. 873. u. f. S. 708.
— in wie weit er ein Eigenthum wirke? 338. S. 281.
Ketzer, ob sie testiren können? 470. S. 404.
— was ein Ketzer sey. 478. S. 416.
— ob sie zum Erben ernennt werden können? 486. S. 424.
Kinder, vom termino legitimae nativitatis derselben. 107. S. 107.
— von dem ihnen zukommenden stillschweigenden Pfandrecht. 719. S. 592.
— uneheliche, haben levis notae maculam. 62. S. 76.
— Gattungen der unehelichen Kinder. 137. S. 145.
— ob sie können zu Erben eingesetzt werden? 487. S. 424.
Kinder, welche ab intestato erben. §. 690. S. 567.
— entschuldigen von der Tutel. 240. S. 210.
— s. infans, väterliche Gewalt. Enterbung, *sui heredes*, Legitimation.
Kindermord. 1261. S. 899.
Kirche, erbt den Geistlichen. 703. S. 581.
Kirchen, von deren Erbeinsetzung. 485. S. 522.
Kirchengüter. 269. S. 224.
— von deren Verjährung. 404. S. 340.
Kirchenraub. 1270. S. 900.
Kläger. 1229. S. 886.
Klage, was sie ist? 1088. S. 828.
— sie sind entweder petitorische oder possessorische. 1089. S. 829.
— benennte oder unbenennte, die unbenennte entweder in factum, oder praescriptis verbis, oder condictiones ex lege. 1090. S. 829. u. f.
— entweder civiles oder praetoriae. 1091. S. 830.
— entweder praeiudiciales, oder personales, oder reales. 1092. S. 831.
— von den mixtis. Ebendas.
— Verzeichniß der Präjudicialklagen. 1093. S. 832.
— von den Realklagen. 1094. S. 832.
— von ihrer Natur. 1095. S. 832.
— Verzeichnis derselben. 1096. S. 833.
— von Personalklagen. 1097. 1098. S. 834.
— actiones in rem scriptae. Ebendas.
— die actionales personales sind entweder dativae, oder nativae. 1099. u. f. S. 835.

Klage, von den dativis. §. 1100. u. f. S. 835. u. f.
— von den nativis. 1103. u. f. S. 837.
— aus den pactis legitimis und adiectis. 1104. S. 837.
— aus den pactis praetoriis. 1105. S. 837.
— aus dem Eid. 1106. S. 838.
— aus den Realcontracten. 1108. S. 838.
— aus den Verbal- und Litteralcontracten. 1109. S. 838.
— aus den Consensualcontracten. 1110. S. 838.
— aus den ungenannten. 1111. S. 839.
— aus den Quasicontracten. 1112. S. 839.
— aus Privatverbrechen. 1114. u. f. S. 839. u. f.
— aus Quasidelicten. 1118. S. 842.
— sind entweder rei persecutoriae, oder poenales, oder mixtae. 1119. S. 842.
— von den rei persecutoriis. 1120. S. 843.
— von den poenalibus, und mixtis. 1121. S. 843.
— von Popularklagen. 1119. S. 842.
— die Klagen gehen entweder auf das simplum, oder duplum, oder triplum, oder quadruplum. 1122. u. f. S. 843.
— auf das simplum gehende. 1123. S. 843.
— auf das duplum. 1124. S. 843.
— auf das triplum. 1125. S. 844.
— auf das quadruplum. 1126. S. 844.
— vom heutigen Gebrauch der Pönalklagen. 1127. S. 844.
— die Klagen sind entweder stricti iuris, oder bonae fidei. 1128. u. f. S. 845. u. f.
— von den actionibus arbitrariis. 1133. S. 848.
Klage, die Klagen gehen entweder auf das solidum oder nicht. §. 1136. S. 850.
— von den actionibus adiectitiae qualitatis. 1142. u. f. S. 852.
— von ihrer Verjährung. 1182. u. f. S. 866. u. f.
— sind entweder perpetuirliche oder temporelle. 1183. S. 867.
— wie lange dauren die Realklagen, insonderheit die Vindikationsklage? 1184. S. 867.
— die confessoria und negatoria. 1185. S. 868.
— die hypothecaria. 1186. S. 868.
— die Erbklage. 1187. S. 868.
— die actiones in rem scriptae. 1188. S. 868.
— die personales rei persecutoriae. 1188. S. 868.
— die Pönalklagen aus Privatdelicten. 1190. S. 869.
— die peinliche Anklagen. 1191. S. 869.
— welche Klagen gehen auf die Erben und gegen sie? 1192. u. f. S. 870.
— aus dem Familienzustand. 106. S. 106.
— die sich auf den ehelichen Zustand beziehen. 129. S. 139. u. f.
— Desertionsklage. 129. S. 139.
— Divortionsklage. 129. S. 139.
— Nullitätsklage eines Ehegatten. 129. S. 139.
— wegen des Brautschatzes. 134. S. 143.
— in Ansehung der Dienstbarkeiten. 388. S. 322.
— possessorische Eheklage. 129. S. 139.
— aus dem Erbrecht. 704. S. 581.
Kleider, ob sie in usufructu, oder quasi usufructu sind? 374. S. 314.
Knechte und Mägde, freye Menschen. 70. S. 84.
— was ist Rechtens, wenn sie ein Verbrechen begehen? 1167. S. 859.
— von den Römischen Knechten, s. Sklaven.

Könige, Römische, wer die Fragmente ihrer Gesetze gesammelt. §. 1. S. 2.
Kranke, Rechte derselben. 62. S. 72.
— sind von der Tutel befreyet. 244. S. 212.
Kriegseroberung, was sie ist? §. 302. S. 253.
Kriegsgefangene sind Sklaven. 67. S. 86.

L.

Labeo, Urheber einer Secte. §. 7. S. 14.
Landesherr, kann nicht litis caussa zum Erben eingesetzt werden. 487. S. 424.
Landesverweisung, ob sie eine capitis deminutio? 192. S. 182.
Longobardisches Lehnrecht, s. Lehnrecht.
Laudemium. 901. S. 727.
Legatarii, haben ein stillschweigendes Pfandrecht. 719. S. 592.
Legatum, siehe Vermächtniß.
Leges, ob in den Pandecten eigentliche leges sind? 6. S. 11.
— XII tabularum, was sie sind? 1. S. 2.
— s. Lex.
Legis actio. 56. S. 63.
Legitimation, deren Geschichte. 135. S. 144.
— was sie ist? 136. S. 144.
— welche Kinder konnten legitimirt werden? 137. S. 145.
— ihre Gattungen. 138. S. 146.
— durch nachfolgende Ehe. 139. S. 147.
— durch Bestimmung zum Decurionate. 140. S. 148.
— durch ein landesherrliches Rescript. 141. S. 148.
— deren Wirkungen. 142. S. 149.
— heutiger Gebrauch. 143. S. 149.
— ist eine capitis deminutio. 191. S. 181.
— von der Succession der legitimirten Kinder. 688. S. 565.
Legulejus, was er sey? 23. S. 38.
Lehn, was man darunter versteht? 14. S. 25.
Lehnrecht, longobardisches, was es sey? 14. S. 25.
Lehnrecht, gilt in Deutschland. §. 15. S. 28.
— wie es allegirt wird. 14. S. 26.
Lehrer, öffentliche, sind frey von der Tutel. 243. S. 212.
Leibeigene, ihre Rechte. 70. S. 84.
Leihcontract, s. *Commodatum*.
Lenocinium. 1260. S. 898.
Levis notae macula. 62. S. 75.
Lex Aelia Sentia. 85. 86. S. 91.
— Abschaffung derselben. 87. S. 92.
— *Aquilia*, s. damnum iniuria datum.
— *Atinia*. 403. S. 338.
— centuriata, was es war? 36. S. 48.
— war unterschieden vom plebiscito. 37. S. 49.
— woher dieser Namen? 36. S. 49.
— wie lang dergleichen Gesetze gemacht worden. Ebendas.
— *Claudia*. 168. S. 168.
— *Falcidia*. 594. u. f. S. 517.
— *Fusia Caninia*. 88. S. 92. Abschaffung derselben. 89. S. 93.
— *Horatia*. 37. S. 49.
— *Iulia de adulteriis*. 1252. S. 896.
— *Iulia et Papia Poppaea*. 36. S. 49. 240. S. 210. 651. S. 547.
— *Laetoria*. 225. S. 199. 228. S. 203.
— *Publilia*. 37. S. 49.
— *regia*. 41. S. 52.
Liberalis causa. 84. S. 90.
Libertinus, was er sey? 74. S. 87.
— Gattungen der Freygelassenen. 75. S. 87.
— Rechte der Freygelassenen. 78. 79 80. S. 89.
Libripens. 438. S. 237. 371.
Linie der Verwandten. 116. S. 124.

Linie, Gerade und Seitenlinie. Ebend.
— Seitenlinie ist entweder gleich oder ungleich. §. 116. S. 125.
Literalcontract, was er ist? 850. S. 688.
— bey dem Darlehn. 851. 689.
— bey dem Brautschatz. 354. S. 691.
— ob er auch in andern Fällen statt habe? 855. S. 692.
— heutige Praxis. 858. S. 694.
Litis contestatio, was sie bey den Römern war. §. 987. S. 780. Was sie heutigestages ist. 1240. S. 893.
— *Denuntiatio*. 964. S. 762.
Locatio, *conductio*, s. Miethcontract.
Locator, s. Verpachter.
Luft, wem sie gehöre? 274. S. 227.
— ist gewissermassen ein Regal. 276. S. 229.

M.

Magister navis. §. 1146. S. 853.
— *officiorum*, was es war? 5. S. 8.
Magistratus, was es heisse? 51. 52. S. 60.
— von ihren Edicten, s. edicta.
— sind frey von der Tutel. 243. S. 212.
— *provinciales* können keine Provincialien heyrathen. 126. S. 135.
— was sie kaufen konnten? 865. S. 698.
Magistri militum. 155. S. 159.
Majestätsrechte, wer sie im Römischen Staat ausübte? 38. S. 50.
Maiestatis laesae crimen. 1247. S. 896.
Majorennität, wenn sie nach Römischem Recht anfängt. 228. S. 202.
— nach deutschen Gesetzen. 230. S. 203.
Mancipatio. 279. S. 231.
Mandaten, kayserliche. 43. S. 53.
— was man heutigestages darunter versteht. 59. S. 69.
Mandatum, ein Contract, was er ist? 918. S. 738.
— Eintheilungen desselben. 920. u. f. S. 739. u. f.
— Wesen dieses Contractes. 925. S. 741.
— von der Verbindlichkeit des Bevollmächtigten. 926. S. 742.
— wie es aufhört? 927. S. 743.
— Klagen, welche aus diesem Contract entstehen. 929. u. f. S. 744.
Mandatum, von der Wirkung dieses Contractes in Ansehung eines Dritten. §. 932. S. 745.
Manes. 264. S. 222.
Manichäer können nicht testiren. 470. S. 404.
Manumission, was sie ist? 75. S. 87.
— Gattungen derselben. 76. 77. S. 87. u. f.
Manus mariti, was es war? 128. S. 137.
Mater familias, was es bey den Römern hieß. 128. S. 138.
Matrimonium conscientiae. 113. S. 117.
— *ad morganaticam*. 113. S. 117.
— *putativum*. 114. S. 118.
— s. Ehe.
Matrona, Bedeutung dieses Wortes bey den Römern. 128. S. 138.
Meer, Streit über dessen Eigenthum. 276. S. 229.
Mensch, Definition desselben. 61. S. 70.
Merces, wie er vom honorario unterschieden? 773. S. 649.
Meretrix. 137. S. 145.
Miethcontract, was er ist? 881. S. 714.
— dessen Gattungen. 882. S. 714. u. f.
— operae liberales sind kein Gegenstand desselben. 882. S. 714.
— wesentliche Eigenschaften dieses Contractes. 883. 715.
— dessen Aehnlichkeit mit dem Kauf. Ebendas.

Miethcontract, von welcher Zeit an er vollkommen ist? §. 884. S. 715.
— wer kann diesen Contract schliessen? 885. S. 716.
— Gegenstände desselben. 886. S. 716.
— vom Miethgeld. 887. 888. S. 717. u. f.
— Verbindlichkeiten, welche daraus entstehen. 889. 890. S. 718. u. f.
— ob Kauf Miethe bricht? Ebendas. S. 720.
— von der Relocation. 891. S. 721.
— Klagen, die daraus entstehen. 892. u. f. S. 723.
Militia, sagata et togata. 427. S. 363. s. auch Soldaten.
Minderjährige, was sie sind? 62. S. 73.
— stehen unter der Curatel, s. Curatel.
— können nicht Vormünder werden. 245. S. 214.
— wie sie sich verpflichten, und ob sie ihre Sachen veräussern können? 227. 419. S. 201. 357.
— ob es der Vormund kann? 421. S. 361.
— können testiren. 467. S. 401.
— haben ein stillschweigendes Pfandrecht auf das Vermögen des Pflegers, und des Stiefvaters. 719. S. 592.
— auch wenn Jemand etwas mit ihrem Geld erkauft. Ebendas. und S. 592.
Minderjährigkeit, eine Ursache der restit. in integrum. 1009. S. 797.
Moderamen inculpatae tutelae. 1047. S. 814.
Modus adquirendi, was er sey? §. 293. S. 246.
— ist entweder naturalis, oder civilis, 294. S. 247.
— der natürlichen Erwerbungsarten sind vier. 295. S. 248.
— adquirendi civiles universales. 391. S. 324.
— singulares. 392. S. 325.
— *tollendi obligationem*, s. Verbindlichkeit.
Mönche, können nicht Vormund werden. 245. S. 214.
— ihnen ist die Ehe verboten. 126. S. 135.
Monstrum, was es sey? 61. S. 70.
Mora solvendi, accipiendi. 755. S. 630.
— von ihren Wirkungen. 760. S. 637.
— nocua. Ebendas.
Morbus sonticus. 244. S. 213.
Mors civilis. 187. S. 180.
Mores maiorum. 57. S. 64.
Mortis causa, *capio.* 409. S. 344.
Mündel. 167. S. 167.
Mündigkeit, was sie ist, und wie vielerley? 62. S. 73.
— wenn sie anfängt? 217. S. 195.
Münzveränderung. 768. S. 645.
Municipia. 140. S. 148.
Munus publicum, *personale* und *reale.* 167. S. 166.
Mutter, ob sie die väterliche Gewalt in Deutschland habe? 104. S. 104.
— von ihrem Erbrecht. 637. u. f. S. 542. u. f.
Mutuum, s. Darlehn.
Mutuus dissensus. 999. u. f. S. 788.

N.

Nacheile, Nachsetzung. §. 301. S. 253.
Name, guter, böser. 62. S. 75.
Nascituri, s. Embryonen.
Naturales liberi. 137. S. 145.
Naturalia pacti. 732. S. 604.
Negotiorum gestio, was sie ist. 936. S. 748.
Negotiorum gestio, von der Verbindlichkeit des negotiorum gestoris. §. 937. S. 748.
— Verbindlichkeit des domini negotiorum. 938. S. 750.
— Klagen, welche daraus entstehen. 939. u. f. S. 751.
Niesbrauch, s. *ususfructus.*

Notarius, dessen Nutzen bey Testamenten. §. 450. S. 384.
Notherben. 473. S. 406.
Nothi. 137. S. 145.
Novation, was sie ist, und wie vielerley? 986. u. f. S. 780.
— wenn sie ohne Delegation geschieht. 988. S. 781.
— ihre Wirkungen. 991. S. 784.
Novellen Justinians, was sie sind? 11. und 12. S. 19. u. f.
— wer hat unsere Sammlung gemacht? Ebendas. S. 19.
— wie alt unsere Sammlung sey? Ebendas. S. 20.
— von der Originalsprache dieser Novellen. Ebendas. S. 20.
— Uebersetzungen derselben. Ebendas.
Novellen Justinians, von der epitome Iuliani. Ebendas.
— warum die Novellen authenticae heissen? Ebendas. S. 21.
— welche Novellenübersetzung gilt in Deutschland. Ebendas. S. 21.
— wie die Novellen allegirt werden? S. 21.
— in wie weit sie in Deutschland gelten? §. 15. S. 27.
— gehen allen andern Gesetzen in corp. iuris vor. 16. S. 29.
— des K. Leo. 14. S. 25.
— gelten in Deutschland nicht. 15. S. 27.
Noxa und *noxia*. 1163. S. 858.
Noxae datio der Kinder, 101, S. 101.
Nuptiae. 112. S. 113.

O.

Obiecta iuris. §. 60. S. 70.
Oblatio curiae. 140. S. 148.
— *et depositio debiti*. 982. u. f. S. 777.
Obligatio, s. Verbindlichkeit.
Occupation, was sie ist. 296. S. 248.
— Grundsätze derselben. 297. S. 248.
— Gattungen. 298. S. 249.
Occupatio bellica. §. 302. S. 253.
Oeconomia separata. 163. S. 164.
Oerter, heilige. 271. S. 225.
Operae officiales und fabriles. 82. S. 90.
— *servorum*, servitus. 386. S. 321.
Ordinis beneficium. 836. S. 676.
Orthodox, was ein orthodoxer Christ ist. 478. S. 416.
— s. auch Ketzer.

P.

Pacht, s. Miethcontract.
Pacta, wie sie von den Contracten unterschieden sind? §. 745. S. 621. u. f. s. Verträge.
— nuda, non nuda, legitima, Praetoria, adiecta. 747. S. 622. u. f.
Pactum addictionis in diem. 875. S. 711.
— *antichreticum*. 795. S. 659.
— *commissorium* in emtione. 875. S. 711.
— in pignore. 420. S. 360.
— *constituti possessorii*. 874. S. 710.
— *fiduciae*. 747. S. 623.
— *protimiseos*. 874. S. 710.
— *de quota litis*. 747. S. 624.
Pactum remissorium. §. 998. S. 787.
— *de retrovendendo*. 873. S. 708.
— s. Vertrag.
Pandecten, was sie sind. 6. S. 9.
— woher sie ihren Namen haben? Ebendas. S. 10.
— von ihren Quellen. Ebendas.
— aus welchen Rechtsgelehrten sie gesammelt worden? Ebendas.
— von ihrer Originalsprache. Ebendas. S. 11.
— wie sie abgetheilt sind? Ebendas.
— wie der Text von den Compendien verschieden? Ebendas.
— von deren Ausgaben. Ebendas.

Pandecten, von der Art, sie zu allegiren. Ebendas. S. 12.
— ob sie älter, als die Institutionen. §. 9. S. 77.
— gelten in Deutschland als ein Gesetzbuch. 15. S. 27.
— was ist Rechtens, wenn sie den Institutionen widersprechen? 16. S. 29.
Pater, diesen Titel geben die Römischen Kayser ihren Vorfahren. 3. S. 4.
Patricien, Römische, was sie waren. 36. S. 48.
— K. Constantins. 155. S. 158.
Patrimoniales res, s. res dominicae.
Patrimonium universitatis. 275. S. 228.
Patrocinium Fisci. 155. S. 159.
Patron, erbt den Freygelassenen. 647. u. f. S. 647.
Patronatrecht. 81. 82. S. 89.
Pauperies. 1168. S. 859.
Pecudes, was die Juristen darunter verstanden? 1051. S. 815.
Peculatus. 1270. u. f. S. 900.
Peculium der Kinder nach altem Römischen Recht. 425. S. 362.
— nach den neuen Gesetzen. 426. S. 363.
— was ist peculium castrense? 427. S. 363.
— was ist quasi castrense? 428. S. 364.
— profectitium? 429. S. 364.
— adventitium? 430. S. 365.
— Rechte des peculii militaris. 431. S. 365.
— des profectitii. 432. S. 366.
— des adventitii. 434. S. 364.
— vom peculio adventitio irregulari. 434. S. 434.
Peculia militaria und *adventitia* werden nicht conferiret. 710. S. 585.
Pecunia, s. Geld.
— *hereditaria*, s. Erbgelder.
Pegasianer. 7. S. 14.
Pellicatus, was er ist? 113. S. 117.
Peregrini. 90. S. 93.
Permutatio. §. 802. S. 662.
Person, was sie sey? 61. S. 71.
— physische und moralische. Ebendas.
Pertinenzstücke, was sie sind? 879. S. 712.
Pfändung, was sie ist? 1172. S. 861.
Pfand, drey Bedeutungen dieses Wortes. 712. S. 587. u. f.
— wie Faustpfand und Hypothek unterschieden sind. Ebendas. S. 588.
— dreyerley Bedeutungen des Worts Hypothek. Ebendas.
— ist entweder pignus voluntarium, oder necessarium. 714. S. 588.
— conventionale, oder testamentarium. Ebendas. S. 588.
— expressum, oder tacitum. Ebendas. S. 588.
— legale, oder praetorium, oder iudiciale. 715. S. 589.
— publicum, oder privatum. 716. S. 590.
— generale, oder speciale. 717. S. 590.
— simplex, oder qualificatum. 718. S. 591.
— Verzeichniß der legalischen, und der privilegirten Pfandrechte. 719. S. 591. u. f.
— von dessen Veräusserung. 420. S. 359.
Pfandcontract, was er ist? 791. S. 657.
— Grundsätze dabey. 792. S. 657.
— für welche Schuld ein Pfand gegeben werden könne? 793. S. 658.
— wenn die Schuld getilgt ist, muß das Pfand zurückgegeben werden. Ebendas.
— welche Sachen man verpfänden könne? 794. S. 658.
— darf der Gläubiger das Pfand gebrauchen? 795. S. 659.
— welche culpa wird in diesem Contract geleistet? 796. S. 659.

Pfandcontract, Klagen, die daraus entstehen. §. 797. u. f. S. 660.
Pfandrecht, wie es aufhöre. 720. S. 595.
— dessen Wirkungen. 721. S. 596.
Pfalzgrafen, legitimiren uneheliche Kinder. 143. S. 150.
Pflanzen. ein modus adquirendi. 325. u. f. S. 273.
Pflegbefohlne. 167. S. 166.
Pflichten, sind entweder Zwangs- oder Liebespflichten. 20. 21. S. 36.
Pflichttheil, wer ihn fordern kann. 473. S. 406.
— wie er verlassen werden müsse. S. 407.
Pia causa. 463. S. 397.
Pictura, modus adquirendi. 318. 319. S. 266. u. f.
Pignus, s. Pfand.
Pignoratio, was sie ist? 1172. S. 861.
Plagium. 1272. S. 900.
Plantatio, modus adquirendi. 325. u. f. S. 273.
Plebiscita, was sie waren? 37. S. 49.
— wie sie von den legibus centuriatis sich unterscheiden. Ebendas.
Plebs, Römischer, was er war? 36. S. 48.
Poena capitalis. 187. S. 180.
Poenae secundarum nuptiarum. 111. S. 112.
Poenitentia, war in den unbenannten Contracten erlaubt. 801. S. 661.
— ob dieß heutigestages noch statt habe? Ebendas. S. 662.
Pollicitation. 735. S. 607.
Polygamie, s. Ehe.
Pompejus, will ein corpus iuris verfertigen lassen. 2. S. 3.
Possession, s. Besitz.
Possessionsrecht, s. Besitz.
Possessor bonae fidei, in wie weit ihm die Früchte gehören? 331. u. f. S. 276. u. f.
Possessorium constitutum, s. constitutum.
Possessorium iudicium. §. 1217. S. 880.
— *summariissimum* und *ordinarium*, s. interdictum.
Postliminium, s. ius postliminii.
Postumus. 517. 530. S. 456. 468.
— deren Gattungen. 487. S. 424.
— von ihrer Erbeinsetzung. Ebendas.
Potestas, s. Gewalt.
Praecepta iuris. 29. S. 43.
Praedium urbanum, *rusticum* in der Lehre vom Pfandrecht des Verpachters. 719. S. 593.
— in der Lehre von den Servituten. 350. S. 290.
— dominans und serviens. 349. S. 290.
Praefectus praetorio. 155. S. 159.
— *urbi*. 155. S. 159.
Praelegatum, s. Vermächtniß.
Praescriptio, s. Verjährung.
Praesens in praescriptione. 400. S. 335.
Prätor, was er war? 36. S. 49.
— die Prätoren bringen neue Rechtssätze auf. 51. 52. S. 60. u. f.
Precarium, was es ist. 771. S. 648.
Primipilus. 719. S. 593.
Privilegien, was sie sind? 48. S. 56.
— wie vielerley. Ebendas. und 49. S. 58.
— wer sie ertheilt. 50. S. 59.
Proceß, dessen wesentliche Stücke. 1240. S. 893.
Proceßkosten, wer sie trägt. 1226. S. 885.
Procurator, gerichtlicher, was er ist? 1174. S. 862.
— wer kann einen bestellen? 1175. S. 862.
— wie ist er vom Advocaten unterschieden? 1176. S. 863.
— von der Caution de rato. 1177. S. 863.
— ob heutigestages die Procuratoren *domini litis* sind? 1178. S. 863.
Proconsules 52. S. 60.

Proculejaner. §. 7. S. 14.
— streiten mit den Cassianern über die Bestimmung der Mündigkeit. 217. S. 195.
— über die Specification. 321. 322. S. 269.
Prodigus, s. Verschwender.
Promissio operarum a liberto facta. 804. S. 664.
Promulgatio legis. 36. S. 48.
Proprietas, was sie ist? 287. S. 241.
Provinzen, deren Verwaltung hieng vom Senat ab. §. 38. S. 50.
Provocatio ex L. si contendat. 841. S. 681.
Pubes, *pubertati* proximus. 62. S. 73.
Publicanus. 881. S. 714.
Pupillen, was sie sind? 167. S. 167.
— wie und wenn sie verbunden werden. 209. S. 191.
— s. auch Unmündige.

Q.

Quadrans hereditatis. §. 489. S. 428.
Quadrupedes. 1051. S. 816.
Quaestio Domitiana. 445. S. 382.
Quarta falcidia. 594. u. f. S. 517. u. f.
— ob der Erbe nach dem Naturrecht die legata ohne Abzug zahlen müsse? 727. S. 599.
— Pegasiana. 611. u. f. S. 528.
— Trebellianica. 614. u. f. S. 529. u. f.
Quasi, was dieses Wort bey den Juristen bedeute. 251. S. 217.
Quasi adfinitas. 115. S. 123.
— welche Ehen um derselben willen verboten sind? 125. S. 134.
Quasibesitz. 281. S. 233.
Quasicontract. 748. S. 624.
— was sie sind? 933. 934. S. 746. u. f.
Quasicontract, Verzeichniß derselben. §. 935. S. 747.
Quasidelictum, s. Verbrechen.
Quasimancipation, 163. S. 164.
Quasitraditio, s. Uebergabe.
Quasiususfructus, s. Ususfructus.
Querela inofficiosi, was sie ist? 554. S. 470.
— was ist ihre Wirkung, und wenn fällt sie weg? 535. S. 471.
— non numeratae pecuniae. 853. S. 691.
— nullitatis. 344. S. 285.
— gegen ein Testament. 525. S. 464. 535. S. 471.
Quincunx hereditatis. 489. S. 428.
Quittung, s. Apocha.

R.

Rabulist, was er sey? §. 23. S. 38.
Rasende, s. Blödsinnige.
Rath, Römische, s. Senat.
— *Consilium*, in wie fern er verpflichtet? 919. S. 738.
Rathschlüsse, s. Senatusconsulta.
Raub, was er ist? 1037. S. 810.
— Vergleichung des Raubes und Diebstahls. 1038. S. 810.
— hat nur bey beweglichen Sachen statt. 1039. S. 810.
— und bey Sachen, die man nicht für sein eigen hält. 1040. S. 810.
Raub, auf den Werth der Sache kommt nichts an. §. 1041. S. 811.
— Klagen gegen den Räuber. 1042. S. 811.
— von der peinlichen Strafe des Raubes. 1043. S. 812.
— heutiger Gebrauch. 1044. S. 812.
Reatus, was er ist. 1012. S. 801.
Redemptor operis. 882. S. 715.
Receptio in navem, quasi contractus. 1084. S. 827.
Recht, Bedeutung dieses Wortes. 18. S. 35.

Recht, dessen Eintheilungen nach Römischen Begriffen. §. 30. S. 43.
— nach heutigen. 31. S. 44.
— ist entweder Natur- oder Positivrecht. S. 45.
— entweder eigentliches Natur- oder Völkerrecht. S. 45.
— entweder göttlich oder menschlich. 32. S. 45.
— das göttliche entweder allgemeines, und besonderes. Ebendas. S. 45.
— entweder Staats- oder Privatrecht. 33. S. 46.
— entweder geschriebenes oder nicht geschriebenes. 34. S. 46. u. f.
— Gattungen des geschriebenen Rechts bey den Römern. 35. S. 47.
— und des ungeschriebenen Rechts. Ebendas.
— von dem nicht geschriebenen, s. Gewohnheitsrecht.
— der Sachen ist entweder dingliches, oder persönliches, oder Possessionsrecht, oder Recht, zu occupiren. 280. S. 231.
— Unterschied des dinglichen und persönlichen. 283. S. 288.
— Grundsätze vom dinglichen Rechte. 285. S. 239.
— Gattungen desselben. 286. S. 239.
Rechte, ob sie unter die beweglichen oder unbeweglichen Dinge zu zählen. 343. S. 284.
Rechtsgegenstände. 60. S. 70.
Rechtsgelehrsamkeit, was sie ist? 22. S. 37.
— elegante, was sie sey. 24. S. 39.
Rechtsgelehrten, Römische, ob sie Stoiker gewesen. 27. S. 42.
— erklären die Gesetze. 54. S. 62.
— ihre Meynungen bekommen gesetzliches Ansehen. Ebendas.
— August giebt einigen das Recht, öffentlich zu respondiren. Ebendas.
— erfinden viele neue Rechtslehren. 55. S. 63.
Regula catoniana, s. catonianische Regel.
Rei vindicatio. §. 344. S. 285.
— wer sie anstellt, muß sein Eigenthum beweisen. 344. S. 286.
Reichsacht. 192. S. 182.
Relegatio war keine Capitis deminution. 190. S. 181.
— hebt die väterliche Gewalt nicht auf. 154 S. 158.
Relocatio. 891. S. 721.
Remedium ex L. ult. C. de Ed. D. Hadr. toll. 1211. S. 878.
— *possessorium* summariissimum und ordinarium. 1217. S. 881.
— spolii. 1221. S. 882.
Rentmeister, sind frey von der Tutel. 241. S. 211.
Repetundarum crimen. 1273. S. 901.
Replicatio, was sie ist? 1202. S. 874.
Repräsentationsrecht. 682. S. 560.
— hat in der erstern Classe bis ins unendliche statt. 686. S. 564.
Repudiatio haereditatis. 550. S. 486.
Repudium. 129. S. 139.
Res, fiscales et dominicae. 398. S. 334.
— merae facultatis. 395. S. 329.
— universitatis und patrimonium universitatis. 275. S. 228.
— s. Sache.
Rescripte, kayserliche. 44. S. 54.
— gelten nicht, wenn sie erschlichen werden. 45. S. 54. u. f.
— ob sie allgemeine Gesetze sind? 47. S. 55.
Residuum, crimen de residuis. 1273. S. 901.
Respectus parentelae. 120. S. 128.
Responsa prudentum, ob sie zum geschriebenen oder ungeschriebenen Recht gehören. 35. S. 48.
— s. Rechtsgelehrte.
Responsio celsina. 445. S. 382.
Restitutio in integrum, was sie ist, und wie vielerley? 1001. S. 788.
— von der Restitution aus Civilgesetzen. 1002. S. 789.

Restitutio in integrum, von der prätorischen. §. 1003. S. 790.
— Grundsätze bey der Restitution. 1004. S. 791.
— von der Restitution ex capite metus. 1005. u. f. S. 792.
— ex capite doli. 1007. S. 794.
— ex capite minoris aetatis. 1009. S. 797.
— ex clausula generali. 1009. S. 799.
Retentionsrecht. 283. S. 237.
Retorsion der Injurien. §. 1072. S. 821.
Rei debendi et credendi. 813. S. 667.
Richter, welcher übel urtheilt, begeht ein quasidelictum. 1077. S. 824.
Ritter des deutschen und Maltheserordens dürfen nicht heyrathen. 126. S. 135.
Römisches Bürgerrecht. 90. S. 93.
— Gesetzbuch, s. corpus iuris.
Recht. s. Justinianeisches Recht.
Rogatio legis, was sie war? 36. S. 48.
Ruf, s. Name.

S.

Sabinianer. §. 7. S. 14.
— s. Proculejaner.
Sachen, res, was dieses Wort bey den Juristen bedeute? 259. S. 221.
— sind entweder divini, oder humani iuris, jene aber sacrae, oder sanctae, oder religiosae. 261. S. 221.
— was sind res sacrae? 262. S. 222.
— Grundsätze von denselben. 263. S. 222.
— res religiosae? 264. S. 222.
— res und personae sanctae? 266. S. 223.
— Ideen der ersten Christen in Ansehung der heiligen Sachen. 268. S. 224.
— res ecclesiasticae? 269. S. 224.
— Sätze des canonischen Rechts von den religiosen Sachen. 270. S. 225.
— protestantische Begriffe. 271. S. 225.
— res communes negative tales, oder nullius. 273. S. 227.
— res publicae. Ebendas.
— res universitatis. Ebendas.
— res singulorum. 277. S. 229.
— res singulares und universales universitatis iuris et hominis. 278. S. 229.
— res mancipi, und nec mancipi. 279. S. 231.
— sind entweder körperlich oder unkörperlich. 339. 340. S. 282.
Sachen, die unkörperliche sind zweyerley. §. 340. S. 282.
— die körperliche sind nicht im Besitz, nicht im Eigenthum und werden nicht tradiret. 341. S. 282.
— die körperliche sind entweder beweglich oder nicht. 342. S. 283.
— die unbewegliche sind zweyerley. Ebendas.
— ob unkörperliche Dinge zu den beweglichen oder unbeweglichen gehören? 343. S. 284.
— fungible Sachen. 374. S. 314. 766. S. 642.
Säen, ein modus adquirendi. 325. u. f. S. 273.
Salvius Iulianus, macht das edictum perpetuum. 53. S. 61.
Sanctio pragmatica. 44. S. 54.
Sanctum, was es bedeute? 266. S. 223.
Satio, modus adquirendi. 325. u. f. S. 273.
Satisdation, was sie ist. 231. S. 205.
Schade, was er ist, und wie vielerley? 754. S. 629.
— den ein Sklav oder Thier thut. 1168. S. 859.
Schatz, von dessen Erwerbung. 305. S. 256. 307. S. 258.
Scheidung von Tisch und Bette. 129. S. 139.
Schenkung, was sie ist? 408. S. 343.
— ist entweder inter vivos, oder mortis caussa. 409. S. 344.

Schenkung, was ist mortis caussa capio? §. 409. S. 344.
— donatio inter vivos ist entweder simplex, oder relata. 409. S. 344. u. f.
— Regeln von den Schenkungen überhaupt. 410. S. 346.
— von der donat. inter vivos. 411. u. f. S. 347. u. f.
— von der donat. m. c. 414. S. 352. u. f.
— kann man sein ganzes Vermögen verschenken? 410. S. 346.
— können Vater und Kinder einander schenken? Ebendas.
— jede Schenkung unter Lebendigen erfordert Acceptation. 411. S. 347.
— auch die mortis caussa donatio. 414. S. 353.
— von der donatione inofficiosa. 412. S. 348.
— von der Undankbarkeit des donatarii. Ebendas.
— von der supervenientia liberorum. Ebendas. S. 349.
— von dem beneficio competentiae. Ebendas.
— Ehegatten können einander nichts schenken. 413. S. 351.
— die Schenkung unter den Lebendigen muß gerichtlich protocollirt werden, wenn sie sich über 500 Solidos beläuft. 413. S. 351.
— Klagen des donatarii. 415. S. 354.
— von der donatione propter nuptias. 416. S. 354.
Schiffspatron, Rheder. 1146. S. 853.
Schinder, haben levis notae maculam, 62. S. 76.
Schutzrede. s. Exceptio.
Schwägerschaft, was sie ist? 115. S. 119.
— giebt kein Erbrecht. 681. S. 559.
Sklave, was er ist? 64. S. 78.
— ist keine Person. 65. S. 80.
— ist ein Mensch. Ebendas. S. 79.
— hat kein caput. Ebendas. S. 80.
Sklave, werden entweder gebohren, oder nicht. §. 66. S. 80.
— wird man entweder nach dem Natur- oder nach dem bürgerlichen Recht. 67. 68. S. 80. u. f.
— verschiedene Gattungen derselben. 69. S. 83.
— Rechte der Herren über sie. 94. 95. 96. S. 96 u. f.
— heutiger Gebrauch dieser Rechte. 97. S. 97.
— in wie weit man durch sie erwerben kann. 423. S. 361.
— von ihrem peculio. 424. S. 362.
— können nicht testiren. 465. S. 399.
Sklaverey, was sie ist? 64. S. 79.
— gerechte und ungerechte. 68. S. 82.
— heutige. 70. S. 84.
Scriptura, modus adquirendi. 318. u. f. S. 266. u. f.
Scotatio. 335. S. 280.
Secten der Juristen. 7. S. 14.
Sectio bonorum. 675. u. f. S. 557.
Secundae nuptiae. 111. S. 112.
Selbsthülfe, s. *Decretum D. Marci*.
Semis hereditatis. 489. S. 428.
Senat, Römischer, was er war? 38. S. 50.
— seine Rechte. Ebendas.
— ob er Gesetze machen konnte? Ebendas.
Senatus consulta, was sie waren? 38. S. 50.
— unter den Kayfern. 39. S. 51.
— heissen auch iura orationibus Principum constituta. 40. S. 51.
— wenn sie aufgehört? Ebendas. S. 52.
— ob es dergleichen heutigestages gebe? 59. S. 69.
— *Claudianum*. 677. u. f. S. 558.
— *Macedonianum*. 104. S. 104. 1159. 1160. S. 857.
— *Orphitianum*. 640. S. 543.
— *Pegasianum*. 611. S. 528.
— *Silanianum*. 1191. S. 869.
— *Tertullianum*. 637. S. 542.

Senatus consulta, Trebellianum. §. 610. S. 528.
— *Velleianum.* 838. S. 678.
Separatio quoad thorum et mensam, s. Scheidung von Tisch und Bette.
Sequestrum, was es ist? 786. S. 654.
— Klagen daraus. 790. S. 657.
Servi adscriptitii. 69. S. 83.
— *coloni.* 69. S. 83.
Servire bona fide. 64. S. 79.
Servitus, was sie ist? 64. S. 79.
— *iusta* und *iniusta.* 68. S. 82.
— *poenae.* 68. S. 81.
— ist von Justinian gewissermassen aufgehoben. Ebendas. S. 82.
Servituten, was sie sind? 347. S. 288.
— sind entweder reales, oder personales. Ebendas. S. 289.
— die personales entweder wesentlich, oder zufällig personal. 348. S. 290.
— praedium dominans und serviens. 349. S. 290.
— die reales sind entweder urbanae, oder rusticae. 350. S. 290.
— Grundsätze bey den Servituten. 351. S. 291.
— die Servituten sind entweder affirmativae, oder negativae. Ebendas. S. 292.
— servitutes in faciendo consistentes. Ebendas. S. 292.
— causa servitutum perpetua. Ebend. S. 293. u. f.
— wie die Servituten entstehen? 352. S. 294.
— von deren Verjährung. Ebendas. S. 295. u. f.
— ob der Herr des dienenden Grundstückes schuldig ist, das Grundstück in brauchbarem Stand zu erhalten? 353. S. 296.
— sind nicht theilbar. 354. S. 297.
— servitutes praediorum urbanorum. 355. S. 297.
— servitus oneris ferendi. 356. u. f. S. 298.
Servituten, tigni immittendi. §. 358. S. 299.
— proiiciendi et protegendi. 359. S. 299.
— stillicidii. 360. S. 300.
— altius tollendi et non tollendi. 361. S. 300.
— luminum et ne luminibus officiatur. 362. S. 301.
— prospectus et ne prospectui officiatur. 363. S. 302.
— itineris, actus, viae. 364. u. f. S. 303. u. f.
— aquaeductus. 366. S. 305.
— aquae haustus. Ebendas.
— pecoris ad aquam adpulsus. Ebend.
— pascendi. Ebendas.
— calcis coquendae, arenae fodiendae, cretae eximendae, pedamenta sumendi. Ebendas.
— wie sie erlöschen? 352. S. 296. 368. S. 306.
— sind entweder simplices, oder qualificatae. 368. S. 307.
— Grundsätze von den persönlichen. 369. S. 308.
Servus hereditarius. 483. S. 421.
Sextans hereditatis. 489. S. 428.
Sescuncia. 489. S. 428.
Sicilicum. 589. S. 428.
Simulation bey Verträgen. 735. S. 607.
Sippschaftstafeln. 115. S. 119. u. f.
Socidae contractus. 889. S. 719.
Societät, was sie ist, und wie vielerley? 905. u. f. S. 730. u. f.
— was gehört zum Societätscontract? 909. S. 731.
— sie kann ungleich seyn. 910. S. 732.
— wer der Gesellschaft Dienste leistet, ist zuweilen socius, zuweilen nur Bedienter der Societät. Ebendas. und 911.
— von der Verbindlichkeit der Gesellschaften. 912. S. 732.
— von der Erwerbsgesellschaft. 913. S. 734.

Societät, was ist Societas Leonina? §. 913. S. 734.
— wie sie geendigt wird? 914. u. f. S. 735. u. f.
— von der actione pro socio. 916. 917. S. 737. u. f.
Socii liberalitatis principalis. 701. S. 579.
Sohn, s. väterliche Gewalt.
Solarium. 292. S. 246.
Soldaten können keine Vormünder werden. 245. S. 214.
— von ihrem peculio. 427. 431. S. 363. 365.
— sollen keine Landgüter pachten. 885. S. 716.
— können sich nicht verbürgen. 838. S. 678.
— von ihren Testamenten, s. Testament.
Solidus, wie viel er nach unserer Münze gilt? 413. S. 351.
Solutio, s. Zahlung.
Spadonen, was sie sind, ob sie adoptiren können? 146. S. 153.
Specificatio, modus adquirendi. 321. S. 269. u. f.
Spielschuld. 727. S. 599.
Spolium. 1221. S. 882.
Sponsalien, s. Eheverlöbniß.
Spurii. 137. S. 145.
— ob sie zu Erben eingesetzt werden können? 487. S. 425.
— ob sie ab intestato erben? 690. S. 567. u. f.
Städte, von deren Erbeinsetzung. 485. S. 422.
Stand, *status*, s. Zustand.
Statu liberi. 69. S. 83.
Steuereinnehmer, sind frey von der Tutel. 241. S. 211.
Stipulation, was sie ist? 805. 806. S. 664. u. f.
— ist entweder certa, oder incerta. 807. S. 665.
— entweder pura, oder conditionata, oder sub die. 808. S. 665. u. f.
Stipulation, vera, oder ficta, s. interpretativa. §. 808. S. 665. u. f.
— von der actione ex stipulatu. 809. S. 666.
— heutiger Gebrauch der Stipulationen. 811. S. 666.
— der Sclaven. 821. S. 671.
— Eintheilung in voluntariam et necessariam, und dieser in praetoriam iudicialem und communem. 822. 823. S. 671.
— von den stipulationibus *aedilitiis.* Ebendas.
— *Stipulatio Aquiliana.* 996. S. 787.
— *Stipulatio poenalis*, von ihrer Wirkung. 987. S. 781.
— *Stipulationes inutiles.* 832. u. f. S. 675.
Stoiker, ob die Römischen Rechtsgelehrten Stoiker gewesen? 27. S. 41.
— von ihren Etymologien. 67. S. 80.
Strafen, der öffentlichen Verbrechen. 1244. S. 893.
Strandrecht. 307. S. 258.
Studierkosten, werden nicht conferiret. 710. S. 585. u. f.
Stupide, deren Rechte. 62. S. 73.
— können testiren. 467. S. 401.
Stuprum. 1258. S. 898.
Subnotationes. 44. S. 54.
Substanz, was sie sey. 371. S. 309.
Substitutio, was sie ist, und wie vielerley? 495. u. f. S. 438. u. f.
— wer kann vulgariter substituiren? 499. S. 441.
— doppelter Fall dieser Substitution. 500. S. 442.
— wer kann substituirt werden? 501. S. 442.
— substitutio reciproca, breviloqua, mutua. Ebendas. S. 443.
— wie viel der Substitut bekommt; er muß den Fall der Substitution erleben. 502. S. 443.
— von der Regel: substitutus substituto etiam substitutus est instituto. 503. S. 444.

Subſtitutio, was iſt die pupillariſche Subſtitution? §. 504. S. 446.
— ihre Grundſätze. 505. S. 447.
— vom Fundament derſelben. 506. S. 447.
— ob man den Enkeln pupillariſch ſubſtituiren könne? Ebendaſ.
— auf wie lange kann man pupillariſch ſubſtituiren? 507. S. 449.
— iſt ein Teſtament, worinn pupillariſch ſubſtituirt wird, ein doppeltes? 508. S. 450.
— Wirkung dieſer Subſtitution. Ebendaſ.
— muß der Vater, welcher pupillariſch ſubſtituirt, der Mutter den Pflichttheil laſſen? Ebendaſ.
Subſtitutio, wenn iſt die Subſtitution ungiltig? §. 508. S. 451.
— von der ſubſtitutione quaſi pupillari. 509. S. 451.
— Grundſätze bey derſelben. 510. u. f. S. 452. u. f.
Succeſſio, ſ. Erbſchaft.
Sui heredes. 538. S. 474.
Sui liberi. 99. S. 99.
Superficies, was ſie iſt? 292. S. 246.
Supplicationes, wurden vom Senat angeſetzt. 38. S. 50.
Suſpenſio, quaſi delictum. 1081. S. 826.
Syngrapha. 850. S. 688.

T.

Taubſtumme, können nicht Vormünder werden. §. 245. S. 213.
— ob ſie teſtiren können? 468. S. 402.
— konnten ſich bey den Römern nicht verbürgen. 837. S. 677.
Tauſchcontract. 802. S. 663.
Temere litigare, was es iſt. 1224. S. 884.
— Strafe der verwegenen Litiganten. 1226. S. 885.
Tempus, utile et continuum. 666. S. 554.
Teſtament, Geſchichte der Teſtamente. 438. S. 370.
— teſtamentum in calatis comitiis, per aes et libram. Ebendaſ. u. S. 371.
— praetorium. 439. S. 372.
— ex conſtitutionibus principum. 440. S. 372.
— Definition des Teſtamentes. Ebend. S. 373.
— Erklärung der Definition. 441. u. f. S. 373. u. f.
— *myſticum*. 441. S. 374.
— iſt entweder mündlich oder ſchriftlich. 442. S. 374.
Teſtament, niemand kann pro parte teſtatus ſterben. §. 442. S. 374.
— iſt widerruflich. Ebendaſ. S. 375.
— iſt entweder publicum, oder privatum. 443. S. 376.
— das privatum entweder ſolenne, oder nicht. Ebendaſ. S. 376.
— in ſolennen müſſen alle Feyerlichkeiten bey Strafe der Nullität beobachtet werden. Ebendaſ.
— dabey iſt unitas actus et temporis nöthig. 444. S. 378.
— Gegenwart von 7 Zeugen. 445. S. 379.
— müſſen rogiret. Ebendaſ.
— und in conſpectu teſtatoris ſeyn. Ebendaſ.
— wer im Teſtament Zeuge ſeyn kann? Ebendaſ. S. 380. u. f.
— Erforderniſſe des ſchriftlichen. 446. u. f. S. 382. u. f.
— Sprache des Teſtaments. 448. S. 383.
— Erforderniſſe des mündlichen. 449. S. 383. u. f.
— deutſches Recht. 450. S. 384.

Testament, was sind privilegirte Testamente? §. 451. S. 385.
— vom militarischen. 452. S. 385.
— Grundsätze bey demselben. 453. S. 386. u. f.
— Privilegien des Soldaten in Ansehung der Testamentsmaterie. 454. S. 388.
— in Ansehung der Form. 455. S. 389.
— Anmerkungen über das militarische Testament. S. 456. u. f. S. 390. u. f.
— kann ein filius familias militarisch testiren? 458. S. 391.
— deutsches Recht. 459. S. 391.
— vom Testament der Eltern unter den Kindern. 460. S. 392.
— von den zur Pestzeit verfertigten. 461. S. 395.
— vom testamento ruri condito. 462. S. 396.
— von dem, worinn eine milde Stiftung, oder die Intestaterben eingesetzt sind. 463. S. 397.
— wer eins machen kann? 464. S. 398.
— Sklaven und Fremde können es nicht. 465. S. 399.
— auch kein Bürger, der in feindlicher Gefangenschaft ist, oder capitis deminutionem erlitten hat. Ebendas.
— ferner kein filius familias. 466. S. 400.
— oder wer den Gebrauch seines Verstandes nicht hat; Verschwender und Unmündige. 467. S. 401.
— vom Testament der Taubstummen. 468. S. 402.
— eines Blinden. 469. S. 403.
— Personen, die zur Strafe nicht testiren können. 470. S. 404.
— ungiltiges, ob es eine natürliche Verbindlichkeit wirke? 727. S. 599.
Testament, destitutum. §. 522. S. 462.
— iniustum. 515. S. 455.
— inofficiosum, s. querela inofficiosi.
— irritum. 520. S. 462.
— nullum. 514. S. 455.
— rescissum. 523. S. 463.
— ruptum. 517. u. f. S. 456. u. f.
Theodora, Justinians Gemalin. 3. S. 4.
Theophilus, seine Institutionen Paraphrase. 8. S. 16.
Thiere, sind entweder wild, oder zahm, oder zahmgemacht. 299. S. 250.
Tiberius, giebt dem Senat die gesetzgebende Gewalt. 38. S. 50. u. f.
Tignum. 320. S. 267.
Titulus, was er sey? 293. S. 246.
— bey der Verjährung. 401. S. 337.
— titulo singulari besitzen. 706. S. 582.
Todtschlag, dessen Strafe. 1261. u. f. S. 898. u. f.
Tractaten. 735. S. 607.
Traditio, s. Uebergabe.
Transaction, enthält eine Novation. 989. S. 782.
— von einem Vergleich über Alimente. 727. S. 599.
Translatio legati. 586. 590. S. 513. 515.
Trauerjahr. 111. S. 112.
Trauung, priesterliche, s. Ehe.
Tribuni plebis, wer sie waren? 37. S. 49.
Triens hereditatis. 489. S. 428.
Trinundinum. 36. S. 48.
Tripondium. 489. S. 428.
Triumphe, hiengen vom Senat ab. 38. S. 50.
Trödelcontract. 802. S. 662.
Tutela, s. Vormundschaft.

U.

Ueberfall. §. 328. S. 275.
Uebergabe, was sie ist? 334. S. 279.
— ist nach dem Naturrecht zur Erlangung des Eigenthums nicht nöthig. Ebendas.
— Grundsätze derselben. 335. S. 279. u. f.
— von der quasi Tradition. 336. S. 280.
— von der symbolica. 335. S. 280.
— traditio longae et brevis manus. Ebendas.
— in wie weit sie ein dingliches Recht wirket? 337. u. f. S. 281.
— ein Pupill kann nicht tradiren. 338. S. 281.
Uncia. 489. S. 428.
Uneheliche Kinder, s. Kinder.
Unglaubige. 62. S. 77.
— sollen sich nicht mit Christen verheyrathen. 126. S. 135.
Unio prolium, s. Einkindschaft.
Universitas personarum. 273. S. 227.
— rerum iuris et hominis. 278. S. 229. u. f.
Unmündige, ihre Verbindlichkeit ist von den bürgerlichen Gesetzen zernichtet. 727. S. 599.
— ob aus ihren Verträgen eine natürliche Verbindlichkeit entstehe? 734. S. 605.
— haben ein stillschweigendes Pfandrecht auf das Vermögen des Vormundes, und des Stiefvaters. 719. S. 592.
Unmündige, desgleichen, wenn jemand etwas mit ihrem Geld erkauft. §. 719. S. 592. und 594.
— können nicht testiren. 467. S. 401.
— s. Mündigkeit.
Untergang der Sache. 984. u. f. S. 779.
Unterpfand, s. Pfand.
Uprauda, Justinians Name. 3. S. 4.
Usucapio, s. Verjährung.
Usurae, s. Zinsen.
Usurpatio. 398. S. 333.
Usus, was er ist. 380. u. f. S. 318.
— Grundsätze davon. 382. S. 319.
— wie genießt der usuarius die Sache. 383. S. 319.
Ususfructus, dessen Definition. 371. S. 309.
— ist entweder formalis, oder causalis. Ebendas.
— welche Nutzungen der Usufructuar ziehe? 372. S. 310.
— Pflichten des Usufructuars. 373. S. 311.
— ob man ihm die Caution erlassen könne? 373. S. 312.
— von dem Quasiusufructu. 374. S. 314.
— der Usufructuar muß die Beschwerden tragen. 375. S. 315.
— auf wie vielerley Weise der Nießbrauch bestellt wird. 376. S. 315. u. f.
— wie er aufhört? 377. u. f. S. 317. u. f.
Uterini fratres, s. Geschwister.
Uti, was es heisse? 370. S. 308.

V.

Väterliche Gewalt, nach dem Naturrecht. §. 99. S. 89.
— diese ist ein bloßes imperium. Ebendas.
— nach dem Römischen Recht, enthielt sie, ausser dem imperio noch ein Recht, das dem Eigenthum sehr nahe kommt. Ebendas. und S. 99. f.
Väterliche Gewalt, wie sie durch neuere Gesetze eingeschränkt worden. §. 102. 103. S. 102. u. f.
— deren heutige Beschaffenheit. 104. S. 104. u. f.

Väterliche Gewalt, Pflichten des Vaters. §. 105. S. 106.
— wie sie aufhört? 152. u. f. S. 157. u. f.
— zuweilen verliert sie der Vater zur Strafe. 159. S. 161.
— Wirkungen der Erlöschung der väterlichen Gewalt. 161. 162. S. 161. u. f.
— wie sie in Deutschland geendigt wird. 163. S. 163.
Vater, wie er durch die Kinder erwirbt? 425. S. 362.
— wenn er aus den Contracten des Sohnes belangt werden kann. 1158. S. 856.
— und aus dessen Verbrechen? 1166. S. 858.
Venatio, modus adquirendi. 299. S. 249. u. f.
Veräussern. 417. S. 355.
Veräusserung der Güter eines Minderjährigen was sie erfordert. 210. 227. S. 192. 202.
Verbalcontract, s. *contractus verbalis*.
Verbindlichkeit, was sie ist. 19. S. 35. u. f. in Römischer Bedeutung. 725. S. 597.
— ist entweder vollkommen oder unvollkommen. 20. S. 36.
— entweder eine blos natürliche, oder blos bürgerliche, oder vermischte. 726. S. 598.
— die natürliche ist entweder zernichtet oder nicht. 727. S. 599.
— Wirkungen dieses Unterschiedes. Ebendas. S. 600.
— die blos bürgerliche Verbindlichkeit ist entweder wirksam oder nicht. 728. S. 601.
— die vermischte ist entweder mixta praetoria, oder mixta civilis. 729. S. 602.
— sie ist entweder mittelbar, oder unmittelbar. 730. S. 602.
— die mittelbare entsteht entweder aus einem Vertrag oder Verbrechen. 731. S. 603.
Verbindlichkeit, wie sie aufgehoben wird. §. 969. S. 769.
— wenn sie ope exceptionis getilgt wird? 970. S. 769.
— und wenn ipso iure? 971. S. 770.
— diese Tilgungsarten sind entweder communes, oder proprii. Ebendas.
— Gattungen der ersten. 972. u. f. S. 770. u. f.
— Gattungen der letzten. 994. u. f. S. 786. u. f.
— Grundsatz hiervon. 995. S. 786.
Verbrechen, was es ist? 1012. S. 801.
— ist entweder verum, oder quasi delictum. 1013. 1076. S. 802. 824.
— entweder publicum, oder privatum. 1014. S. 803.
— entweder ordinarium, oder extraordinarium. 1015. S. 803.
— von den Klagen aus Verbrechen. 1016. S. 803. u. f.
— Natur derselben. 1017. S. 804.
— Unterschied der öffentlichen und Privatverbrechen. 1242. S. 894.
— die öffentlichen sind entweder ordinaria, oder extraordinaria. 1245. S. 895.
— Gesetze über die öffentlichen Verbrechen. 1246. S. 895.
— Quasidelict eines Richters. 1077. S. 824.
— des Herunterwerfens. 1078. S. 825.
— des Aufstellens oder Aufhängens. 1081. S. 826.
— der Wirthe, Schiffer ꝛc. 1084. S. 827.
— der unzeitigen Connivenz und Barmherzigkeit. 1085. S. 827.
— der beleidigten Majestät. 1247. u. f. S. 896.
— von unnatürlichen Fleischesverbrechen. 1256. S. 897.
— öffentliche, in Italien, wer sie bestraft? 38. S. 50.
Vergiften. 1261. S. 898.
Vergleiche, ob sie eine Gewohnheit beweisen? 58. S. 66.

Vergleich, s. Transaction.
Verjährung, was sie ist? §. 393. S. 326.
— deren Geschichte. Ebendas. S. 327. u. f.
— ist entweder adquisitiva oder exstinctiva praescriptio. Ebendas. S. 326.
— Ursache, warum sie eingeführt ist. Ebendas. S. 328.
— Erfordernisse jeder Verjährung. 394. S. 329.
— Sachen, welche nicht verjährt werden können. 395. S. 329.
— von der bona fide. 396. S. 330.
— vom Besitz. 397. S. 331.
— von deren Unterbrechung. 398. S. 333.
— von der Verjährungszeit. 399. u. f. S. 335. u. f.
— vom rechtmäßigen Titel. 401. S. 337.
— von der Fähigkeit der Sache zur Usucapion. 402. S. 338.
— von der dreyßigjährigen Verjährung. 403. S. 338.
— von der vierzigjährigen. 404. S. 340.
— von der hundertjährigen. 405. S. 340.
— von der unvordenklichen. 406. S. 341.
— zuweilen wird eine vollendete Verjährung rescindirt. 407. S. 342.
— tilgt die Verbindlichkeiten. 993. S. 786.
— Grund der Extinctivverjährung. 1182. S. 866. s. Klagen.
Verkauf, s. Kauf.
Vermächtniß, wie sind legata und fideicommissa unterschieden? 553. S. 490.
— vier Gattungen der Legate nach altem Römischem Recht. 554. S. 490.
— neues Recht. 555. S. 491.
— dreyerley Arten, ein Vermächtniß und Fideicommiß zu hinterlassen. 556. S. 491.
Vermächtniß, wer kann legiren. §. 557. S. 492.
— wem kann legirt werden. 558. S. 492.
— was ist praelegatum. Ebendas.
— wem kann ein Legat auferlegt werden? 559. S. 493.
— welche Sachen können legirt werden? 560. S. 494.
— auch zukünftige Sachen können vermacht werden. 561. S. 494.
— und fremde Dinge. 562. S. 496.
— vom legato nominis und liberationis. 563. S. 497.
— vom legato debiti. 564. S. 498.
— vom praelegato dotiis 465. S. 499.
— speciei, partitionis, quantitatis und generis. 566. S. 499.
— was ist bey bey dem legato speciei Rechtens? 567. S. 500.
— vom legato partitionis. 568. S. 501.
— generis. 569. 571. S. 502. u. f.
— electionis, oder optionis. 570. S. 503.
— von factis legatis. 572. S. 504.
— von bedingten Vermächtnissen. 574. S. 504.
— vom legato sub demonstratione. 575. S. 575.
— sub causa. 576. S. 505.
— sub modo. 577. 578. S. 506. u. f.
— legata captatoria. 579. S. 507.
— legata poenae nomine. Ebendas. u. S. 508.
— ius accrescendi in legatis. 580. u. f. S. 509.
— quando dies legati cedat et veniat? 583. S. 510.
— wenn wird der Legatar Eigenthümer? 584. S. 512.
— Klagen des legatarii. 585. S. 512.
— wie die Vermächtnisse benommen und transferirt werden? 586. u. f. S. 513. u. f.

Vermächtniß, legata extincta. §. 592. S. 516.
— nulla. Ebendaſ.
— pro non ſcriptis habita. Ebendaſ.
— ereptitia. Ebendaſ.
Verordnungen, kayſerliche, ihre Geſchichte. 41. S. 52.
— was ſie waren. Ebendaſ.
— kayſerliche, ihre Eintheilung. 42. S. 53.
Verpachter, hat ein ſtillſchweigendes Pfandrecht. 719. S. 593.
Verpfändung, ſ. Pfand.
Verſchwender, ſtehen unter der Curatel. 224. S. 199.
— können nicht teſtiren. 467. S. 401.
— ihre Verbindlichkeit iſt von den bürgerlichen Geſetzen zernichtet. 727. S. 599.
Verſus, was dieſes Wort bedeute? 6. S. 10.
Vertrag, was er iſt. 732. S. 603.
— iſt entweder ein obligatoriſcher, oder liberatoriſcher. Ebendaſ.
— Grundſätze bey den Verträgen. 733. S. 604.
— ſie erfordert die Einwilligung beyder Theile. 734. S. 605.
— die Einwilligung muß frey ſeyn. 735. S. 607. (1)
— und beſtimmt, ebendaſ. (2)
— wechſelſeitig, ebendaſ. (3)
— aufrichtig, ebendaſ. (4)
— gewiß, ebendaſ. S. 608. (5)
— pacta expreſſa, tacita. Ebendaſ.
— ſie werden von mehreren Perſonen geſchloſſen. 736. S. 609.
— ob Vater und Sohn mit einander contrahiren können? Ebendaſ.
— der Gegenſtand der Verträge muß in der Gewalt der Paciſcenten ſeyn. 737. S. 610.
— von den Verträgen über die Sachen, oder das Factum eines Dritten. Ebendaſ. und S. 611.
— Erbverträge, ob ſie nach Römiſchem Recht gelten? 737. S. 611.
Vertrag, pacta ſuper re litigioſa. Ebendaſ. S. 613.
— kann man zum Vortheil eines Dritten paciſciren? §. 738. S. 614.
— von bedingten Verträgen. 740. S. 615.
— ſub die. 742. S. 618.
— Wirkung der Verträge. 743. S. 619.
— pacta realia et perſonalia. Ebendaſ.
— wer ein factum verſprochen hat, muß es thun. Ebendaſ. S. 620.
— die Verträge ſind entweder pacta, oder Contracte. 745. 746. S. 621. 622.
— Gattungen des pacti, pacta nuda, non nuda, praetoria, legitima, adiecta. 747. S. 622. u. f.
— von Quaſicontracten. 748. S. 624.
— die wahren Contracte ſind mancherley. 749. u. f. S. 625. u. f.
Verwandſchaft, was ſie iſt? 115. S. 119.
— iſt entweder blos natürlich, oder blos bürgerlich, oder beydes. 115. S. 123.
— in der Succeſſionsmaterie werden die Grade nach der Zahlungsart des Römiſchen Rechtes gezählt. 644. S. 545.
— der Sklaven, ob ſie ein Erbrecht wirke? 645. 646. S. 546.
— ſ. auch Linie.
Verwundung eines freyen Menſchen. 1057. 1060. S. 817. u. f.
Via, 364. S. 303.
Vielmännerey, ſ. Ehe.
Vielweiberey, ſ. Ehe.
Vindication, ſ. *rei vindicatio.*
— der Kinder. 101. S. 101.
Vis fluminis, modus adquirendi. 311. S. 262.
— publica und privata. 1268. S. 900.

Vogelfang. §. 298. S. 249.
Vollmacht. s. mandatum.
Volumen und *Codex* waren verschieden. 5. S. 8.
Vormund, darf die Pflegbefohlene nicht heyrathen. 126. S. 135.
— soll keine herrschaftliche Sachen pachten. 885. S. 716.
— darf mit den Pupillen keine Verträge schliessen. 211. S. 192.
Vormundschaft, zwey Gattungen derselben nach altem Römischen Recht. 166. S. 166.
— die beständige Weibertutel kam in neuern Zeiten ab. Ebendas.
— Erklärung der pupillarischen Tutel. 167. S. 166.
— Unterschied derselben von der Curatel. Ebendas.
— drey Gattungen derselben in Rücksicht auf deren Fundament. 168. S. 168.
— von der tutela cessitia. Ebendas.
— ob die Römer die tutelam pactitiam gekannt? Ebendas.
— wer kann Vormund werden? 169. S. 169.
— Verschiedenheit der Vormünder in Rücksicht auf ihr Amt. 170. S. 169.
— wer bekommt einen Vormund. 171. S. 170.
— was ist die gesetzliche. 182. S. 177.
— von der gesetzlichen Tutel der Agnaten und Gentilen. 183. S. 178.
— nach neuern Gesetzen gelangen auch die Cognaten zur Tutel. 184. S. 179.
— in Deutschland haben die gesetzlichen Vormünder Bestätigung nöthig. 185. 179.
— gesetzliche der Patronen. 193. S. 183.
— gesetzliche der Eltern. 194. S. 183.
— von deren heutigem Gebrauch. 195. S. 183.
Vormundschaft, fiduciarische. §. 196 S. 184.
— dativa. 197. S. 185.
— welche Obrigkeiten konnten Vormünder geben. 198. S. 185.
— in welchen Fällen. 199. S. 185.
— was ist die Testamentarische? 172. S. 170.
— Grund der Testamentarischen Tutel. 173. S. 171.
— was bey Bestellung eines testamentarischen Vormundes zu beobachten. 174. S. 171.
— kann man den enterbten und postumen Kindern einen testamentarischen Vormund ernennen? 175. S. 172.
— kann der Großvater seinen Enkeln einen testamentarischen Vormund bestellen? 176. S. 172.
— wer kann im Testament zum Vormund ernennt werden, und wie kann es geschehen? 177. S. 173.
— was ist Rechtens, wenn ein anderer als der Vater im Testament einen Vormund giebt? 174. S. 171.
— die testamentarische Tutel ist entweder vollkommen oder unvollkommen. 178. S. 174.
— was ist Rechtens, wenn der testamentarische Tutor verhindert wird, oder ganz wegfällt. 179. S. 174. u. f.
— in Deutschland müssen alle testamentarische Vormünder bestätigt werden. 180. S. 176.
— dative. Wie bestellt die Obrigkeit den Vormund? 200. S. 186.
— deutsches Recht in Ansehung der Dativtutel. 201. S. 187.
— Pflichten des Vormundes bey Uebernehmung seines Amtes. 202. S. 187.
— Nach übernommener Tutel. 203. 204. S. 188.
— doppelte Art, die Vormundspflichten zu erfüllen. 205. S. 189.

Vormundschaft, was der Vormund zu beobachten hat, der ein Schuldner oder Gläubiger des Pupillen ist. §. 212. S. 193.
— wie sie geendigt werde. 214. u. f. S. 194. u. f.
— die Erben des Vormundes succediren nicht in die Tutel. 215. S. 194.
— der Vormund muß Rechnung ablegen. 220. S. 196.
— in Deutschland alle Jahr. 221. S. 196.
— in Deutschland wird kein Unterschied zwischen Tutoren und Curatoren der Minderjährigen gemacht. 221. 230. S. 196. 203.
— der Vormund muß Caution leisten. 232. 237. S. 205. 207.
— in welchen Fällen? 233. 234. S. 205. u. f.
— die Bürgen des Vormundes können vom Pflegbefohlnen belangt werden. 235. S. 206.
Vormundschaft, der Pflegbefohlne hat auch noch andere Klagen. §. 236. S. 207.
— Excusation der Vormünder, was sie ist. 238. S. 208.
— und wie vielerley. 239. S. 208.
— von der freywilligen. 240. u. f. S. 210. u. f.
— von den nothwendigen. 245. S. 213.
— Entschuldigungen von der Curatel. 246. S. 215.
— von der Remotion der Vormünder. 248. u. f. S. 216. u. f.
— warum ein Vormund removirt wird. 249. S. 216.
— welche Vormünder können removirt werden. 253. S. 218. s. auch accusatio tutoris suspecti.
— als ein Quasicontract betrachtet. 942. u. f. S. 751. u. f.
Vulgo quaesiti. 137. S. 145.

W.

Wahnsinnige, ihre Rechte. §. 62. S. 73. s. auch Blödsinnige.
Wasser, fliessendes, wem es gehört. 274. S. 227.
Wasserbett, verlassenes, wem es gehört. 312. 313. S. 262. u. f.
Weibspersonen, ihre Rechte sind von den Rechten der Mannspersonen verschieden. 62. S. 72.
— können nicht adoptiren. 146. S. 153.
— ob sie Vormünderinnen werden können? 169. S. 169.
— stehen in Sachsen unter einer beständigen Curatel. 247. S. 216.
— können nicht Zeuge seyn in Testamenten. 445. S. 380.
— ob in Codicillen? 626. S. 536.
Weibspersonen, fielen vermöge des SC. Claudiani in die Sklaverey. §. 677. u. f. S. 558.
— können sich nicht verbürgen. 838. S. 677. u. f.
Wiedereinsetzung in vorigen Stand, s. restitutio in integrum.
Wildfolge. 301. S. 253.
Wirthe, in welchem Fall sie ein Quasidelict begehen. 1084. S. 827.
Wittwe, Wittwer, von ihrem Erbrecht. 701. u. f. S. 579. u. f.
— vom Trauerjahr. 111. S. 112.
Wohnung, Servitut der Wohnung. 384. 385. 387. S. 320. u. f.
Würden, welche die väterliche Gewalt aufheben. 154. 155. S. 158.

Z.

Zahlung, was sie ist. §. 972. S. 770.
— wer kann zahlen? 973. S. 770. u. f.
Zahlung, wer kann nicht zahlen, und wem kann bezahlt werden? §. 975. S. 771.

Zahlung, wie ist die Zahlung zu leisten? §. 976. S. 772.
— Wirkung der Zahlung. 977. S. 773.
— eines *indebiti*, s. indebiti solutio.
Zeit, s. tempus.
Zinsen, was sie sind? 965. S. 762.
— Fundamente derselben. 966. S. 763.
— von der gesetzlichen Qualität und dem Maasse derselben. 967. S. 763. u. f.
— im Darlehn. 768. S. 766.
Zinsen, von welcher Zeit an sie der Käufer vom Kaufschilling bezahlen muß? §. 880. S. 713.
Zollerheber, sind frey von der Tutel. 241. S. 211.
Zustand, was er sey, und wie vielerley. 62. S. 71.
— des Bürgerrechts. 90. S. 93.
— ob heutigestages der Unterschied zwischen Fremden und Bürgern noch statt finde? 91. S. 94.
— der Freyheit. 63. S. 78.
— der Familie. 92. 93. S. 95. u. f.

Druckfehler und einige zu verbessernde Stellen.

S. 15. Z. 4. von unten lies: im 13. Jahrhundert.

S. 35. Z. 6. setze man noch zu: Noch 4 Bücher hat Meermann im fünften Bande seines *Thesauri* herausgegeben.

S. 65. Note (2) Z. 2. anstatt: *coepit*, lies; *latis coepit.*

S. 73. Z. 9. von unten statt im funfzehenden l. im vierzehenden.

S. 74. Z 14 u. 15. von unten l. von 12. bis 14. von 14. bis 25.

S. 81. Z. 6. statt litete l. leitete.

S. 105. Z. 3. statt Vater l. Großvater.

S. 116. Not. (5) gehören die Worte: Wenn der Vater — §. 10. *sqq.* an das Ende der vorhergehenden vierten Anmerkung.

S. 118. Not. (3) gehört das Allegat aus *Duker etc.* zu dem Wort: *pellicatus.* S. 111. Z. 19.

S. 121. Z. 5. statt Schwestersohn lies Schwestertochter.

S. 136. §. 127. Z. 6. von unten, anstatt: und dieser nach Specialgesetzen sie ꝛc. lies: insofern dieser nemlich die Ehe ꝛc.

S. 153. Z. 22. anstatt: ein wechselsweises Erbrecht, lies: dem adoptirten Kinde ein Erbrecht, der Adoptivmutter aber weder ein Erbrecht, noch die väterliche Gewalt verschafft. Ebendas. Not. (2) Z. 1. anstatt: Mutter, lies: Wittwe.

S. 158. §. 154. Z. 8. statt Entfernung l. Enterbung.

S. 176. Not. (4) Z. 2. anstatt: *L.* 7. §. 10. lies: *L.* 10. §. 7.

S. 198. letzte Zeile l. zog sie den Fremden vor.

S. 202. §. 228. Z. 4. l. wenn er die Großjährigkeit erreicht, das ꝛc.

S. 220. §. 257. letzte Z. st. warten, l. erwarten.

S. 242. Z. 3. st. unkörperlichen l. körperlichen.

S. 243. §. 289. Z. 3. st. widerruflich l. unwiderruflich.

Ebendaselbst Z. 3. st. wieder l. nicht wieder.

S. 245. Z. 14. st. *solitare* l. *solitarium.*

S. 251. Z. 22. st. kehren l. zurückkehren.

S. 252. Not. (4) Z. 4. von unten st. und das Argument der Gegner l. das Argument der Gegner ist genommen.

S. 255. Z. 1. st. *Maranta* l. *Merenda.*

S. 259. §. 308. Z. 3. st. mit meiner Principalsache l. mit der Principalsache des Erwerbers.

S. 260. §. 309. Z. 2. fehlt das Wort alluvio.

S. 264. Z. 1. l. 1734.

S. 265. §. 317. Z. 2. st. einer l. meiner.

S. 273. §. 327. Z. 9. st. wenn meine Pflanze auf des andern Boden l. wenn die Pflanze des einen auf den Boden des andern ꝛc.

S. 280. Z. 7. st. das heißt l. dieses heißt: *traditio.*

Ebendas. Z. 10. st. Handlung l. Handlung übrigens ꝛc.

S. 289. Z. 7. st. *servitus non tollendi* l. *servitus altius non tollendi.*

S. 306. Z. 9. ist hinter die Worte: oder c) ihm ausdrücklich etwas erlaubt, zu setzen, welches die Ausübung der Servitut unmöglich macht.

S. 318. §. 380. 381. gehört die Not. (1) zu den Worten: zu seiner Nothdurft bedarf.

S. 319. §. 383. Z. 1. st. ein Recht l. sein Recht. Z. 6. st. genießen lassen l. genießen lassen wollte.

S. 326. Z. 8. l. im ersten Fall ist die *praescriptio adquisitiva*, im letzten die *extinctiva* vorhanden.

S. 328. Not. (5) gehören die Worte, daher — cap. 7. zu der dritten Note.

S. 353. Z. 23. st. daß ihre Giltigkeit — abhängt, l. ihre Giltigkeit hängt nicht ꝛc. und Z. 26. st. daß der *donatarius* l. muß der *donatarius etc.*

S. 408. Z. 28. st. (11) l. 10)

S. 411. gehören die Worte: Noch muß ich — med. 11. zu der neunten Note, und das Allegat: Heinrich Wilhelm Koch ꝛc. ist die zehende Anmerkung.

S. 421. Not. (2) Z. 15. sind die Worte: Man sehe, auszulöschen.

S. 437. Not. (2) Z. 21. st. nur l. eine und Z. 17. st. *Amaga* l. *Amaya*.

S. 448. Z. 6. von unten l. den rechtmässigen Erben.

S. 452 und 453 sind die Anmerkungen unrichtig geordnet, was Note (5) ist, sollte (6) seyn.

S. 491. Z. 29. st. vor neinend l. verneinend.

S. 500. §. 567. Z. 8. ist die Ziffer (2) auszustreichen und auf die Seite 501 an das Ende des Paragraphs zu setzen.

S. 511. in den beyden letzten Zeilen muß gelesen werden ob B. diesen ꝛc. und Will aber B. ꝛc.

S. 517. Note (1) am Ende ist das Wort, wirklich auszulöschen.

S. 574. muß im letzten Schema der Vater des H. und I. durchstrichen seyn.

S. 590. Z. 23. st. Gerichtsbezirk verpfändete l. Gerichtsbezirk das verpfändete.

S. 599. Z. 26. st. Spielsucht l. Spielschuld.

S. 612. Z. 18. st. des positiven l. dispositiven.

S. 624. Z. 22. st. *Eisleben* l. *Erxleben*.

S. 661. Z. 19. st. im 902. §. l. im 802. §.

S. 671. Z. 11. st. Bürgen l. Bürger.

S. 678. Z. 31. l. der Grund des Gesetzes ist, wie ꝛc.

S. 709. Z. 5. 7. 9. 11. 13. ist statt Käufer jedesmal Verkäufer zu setzen.

S. 719. Z. 21. st. *solidae* l. *socidae*.

S. 720. Z. 38. sind die Worte: Die Worte des Gesetzes sind, auszustreichen.

S. 733. Z. 20. st. wenn es gleich nicht, l. wenn es gleich nicht mehr.

S. 734. §. 913. Z. 6. st. aber die sogenannte l. auch die sogenannte.

S. 740. Z. 11. st. ausserobergerichtliche l. aussergerichtliche.

S. 773. letzte Z. st. *communes* l. *communis*.

S. 776. §. 981. Z. 1. ist derselbe Fehler.

S. 792. Z. 7. st. *quadriennium* l. *biennium*.

S. 849. Z. 7. st. *actio finium* l. *actio finium regundorum*.

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Höpfner, Ludwig Julius Friedrich,

Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen nach deren neuesten Ausgabe

Frankfurt am Main 1790

4 J.rom.c. 95 t
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10519609-5
VD18 14603217-003